

Rivista N°: 4/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 15/11/2017

AUTORE: Davide Galliani*, Andrea Pugiotto**

EPPURE QUALCOSA SI MUOVE: VERSO IL SUPERAMENTO DELL'OSTATIVITÀ AI BENEFICI PENITENZIARI?***

Sommario: 1. Perché punire? La risposta della Corte costituzionale nella sentenza n. 179/2017. – 2. Il precario equilibrio costituzionale dei meccanismi ostativi ai benefici penitenziari. – 3. La delega al Governo per l'eliminazione di automatismi e preclusioni penitenziarie e per la revisione dell'ergastolo ostativo. – 4. Nel frattempo: l'ostatività ai benefici penitenziari a giudizio delle Corti, costituzionale ed europea dei diritti dell'uomo. – 5. Il regime ostativo dell'art. 4-bis ord. penit. nella giurisprudenza costituzionale. – 6. Le sue più recenti erosioni: le sentenze costituzionali nn. 239/2014 e 76/2017 (e una loro lettura alternativa). – 7. C'è un giudice a Venezia: l'art. 58-quater, comma 4, ord. penit. finalmente a giudizio della Corte costituzionale. – 8. C'è un giudice a Strasburgo: l'ergastolo ostativo finalmente a giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo (caso Viola v. Italia). – 9. Un passo indietro: la giurisprudenza europea in materia di «pena perpetua non riducibile». – 10. Le ultime sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di ergastolo: Hutchinson v. Regno Unito e Matiošaitis e Altri v. Lituania. – 11. Tentare il possibile: un Amicus Curiae nel caso Viola v. Italia. – 12. ALLEGATO: Amicus Curiae, ricorso 77633/16, Viola v. Italia, Corte europea dei diritti dell'uomo, I Sezione (versione italiana).

1. Perché punire? La risposta della Corte costituzionale nella sentenza n. 179/2017

È certo che la recente sent. n. 179/2017 della Corte costituzionale rappresenterà, a lungo, la *doctrine* dei giudici di Palazzo della Consulta in ordine ai limiti (e alle potenzialità) del loro sindacato sulla dosimetria sanzionatoria delle scelte legislative penali¹ E, come tale,

* Associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Milano.

** Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Ferrara.

*** Il presente lavoro (aggiornato alla data del 30 settembre 2017) è il risultato di un confronto costante e di lunga durata tra i due Autori, e si inserisce tra i prodotti del progetto di ricerca cofinanziato dall'Unione Europea "The Right to Hope. Life imprisonment in the European Context". Dal punto di vista redazionale, i §§1-7 sono stati scritti dal Prof. Andrea Pugiotto, mentre i §§8-11 sono stati scritti dal Prof. Davide Galliani.

¹ In tema, per una visione d'insieme dei pregressi orientamenti della Corte costituzionale, vedi F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, 157 ss. La più recente riflessione interdisciplinare lungo il crinale che separa discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità in ambito penale si trova ora in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017.

sarà studiata e commentata. Sarebbe tuttavia un errore non coglierne il suo indubbio rilievo anche sotto altro profilo, diverso ma complementare al primo perchè entrambi piantati «*sul fertile terreno dei principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost.*»²: quello, cioè, dell'orizzonte costituzionale del finalismo penale, che la sentenza traccia con altrettanta vocazione "dottrinale", come a fissarlo definitivamente davanti a sé ed agli altri.

Sostiene la Corte: la discrezionalità legislativa in ambito sanzionatorio - assicurata dall'art. 25, comma 2, Cost. - non può sfregiare «*il volto costituzionale del sistema penale*», che vincola il legislatore della punizione a esercitare le proprie prerogative «*sempre allo scopo di favorire il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale*» del reo. Esplicito, fino alla citazione testuale, è il richiamo al precedente della sent. n. 313/1990, autentica "pietra angolare" della giurisprudenza costituzionale in materia³: di essa si ribadisce l'insegnamento secondo il quale la pena deve tendere alla finalità rieducativa in tutte le sue fasi ordinamentali, «*da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue*». E, ora come allora, di tale principio si certifica l'iscrizione al «*patrimonio della cultura giuridica europea*», con specifico riferimento all'art. 49, §3, della Carta di Nizza.

È così confermata l'ineliminabile funzione rieducativa della pena quale paradigma costituzionale che esclude, nel nostro ordinamento, la prevalenza *assoluta* delle esigenze di difesa sociale su quelle di recupero e reinserimento dei condannati. Com'è stato recentemente scritto, con penna felice, «la penalità costituzionale alza lo sguardo dal reato per concentrarlo sugli uomini e sulla loro evoluzione», giacché «per un essere cosciente esistere significa mutare, mutare significa maturarsi, maturarsi significa creare indefinitamente se stesso»⁴. Un percorso rieducativo, dunque, non può escludersi *a priori* né essere oltremisura ostacolato per effetto di una astratta previsione normativa.

In ragione di ciò, ritorna prepotentemente l'interrogativo cui cercheremo risposta in questa nostra riflessione comune, spronati anche da talune novità di grande rilievo (normative e giurisprudenziali, interne e continentali), tutt'ora in corso e di cui diremo: i tanti meccanismi ostativi alla concessione di benefici penitenziari, presenti nelle pieghe dell'ordinamento, si collocano *dentro* o *fuori* tale orizzonte costituzionale?

2. Il precario equilibrio costituzionale dei meccanismi ostativi ai benefici penitenziari

Sono frequenti, infatti, le previsioni legislative di rigidi automatismi determinati da presunzioni legali di carattere assoluto che precludono la concessione di benefici

² Sent. n. 179/2017, punto 4.4 del *considerato in diritto* (da cui sono tratte anche le successive citazioni testuali).

³ Sulla centralità della quale v. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014, 15 ss.

⁴ Così – nella scia della riflessione bergsoniana sul divenire – R. DE VITO, *L'orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena*, in *Quest. Giust.*, 2017, n. 1, 40.

penitenziari, non consentendo al giudice alcuna valutazione in relazione alle specificità del caso concreto.

Accade così – e spesso – che la condanna per un determinato reato vieti o renda più ostica la concessione di alternative alla pena intramuraria: è una dinamica che si vuole giustificata dall'elevata pericolosità sociale del reo, presunta in ragione della gravità e della natura del reato consumato. Si mira, in tal modo, ad assicurare la scelta securitaria e punitiva del legislatore che s'impone incondizionatamente sul giudice, il cui contributo nella sussunzione del caso alla norma è - più che aggirato - integralmente assorbito nella opzione legislativa. Senza alcuna soluzione di continuità.

È agevole individuare il paradigma delle «situazioni di automatismo»⁵ nel regime ostativo dell'art. 4-*bis* ord. penit., e nella costellazione normativa che – rinviando ad esso – lo innesca, determinando così un vero e proprio «doppio binario penitenziario»⁶. La sua trama legislativa reca una disciplina speciale, a carattere restrittivo, per la concessione di benefici penitenziari a determinate categorie di detenuti (o internati), responsabili di almeno uno dei delitti elencati nei vari commi in cui si articola la disposizione. È una lista i cui reati sono classificabili in tre fasce a gravità decrescente, a ciascuna delle quali corrisponde un differente meccanismo di accesso alle misure extramurarie. Centrale, nell'economia dell'istituto, è la collaborazione con la giustizia (ai sensi dell'art. 58-*ter*, ord. penit.), condizione necessaria – ma non sufficiente – per l'accesso ai benefici in rapporto ai reati di prima fascia⁷.

In sintesi, attraverso una fase esecutiva così rimodellata, la pena «acquisisce i contorni di neutralizzazioni e collaborazioni coatte»⁸, imponendo di *default* un trattamento di estremo rigore, scongiurabile solo da condotte collaboranti. In assenza di queste, il regime esecutivo si trasforma ineluttabilmente in detenzione carceraria, precludendo quegli strumenti trattamentali che lo rendono extramurario, in tutto (affidamento in prova,

⁵ L'epitome è ripresa, alla lettera, dalla sent. n. 17/2017, punto 2.2 del *considerato in diritto*.

⁶ L'espressione, oramai radicata nelle analisi dottrinali, si deve a M. CANEPA- S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 486.

⁷ Nato nella stagione emergenziale della lotta alla criminalità organizzata (art. 1, d.l. n. 152 del 1991, conv. con modificazioni in l. n. 203 del 1991) e successivamente inasprito in risposta alla strage di Capaci (d.l. n. 306 del 1992, conv. con modificazioni in l. n. 356 del 1992), dopo una serie di ulteriori novelle legislative l'art. 4-*bis* ord. penit. deve la sua odierna fisionomia ad un'ultima riformulazione organica (operata dall'art. 3, d.l. n. 11 del 2009, conv. con modificazioni in l. n. 38 del 2009). La sua architettura, peraltro, è stata oggetto di importanti interventi manipolativi della Corte costituzionale, di cui si dirà nel testo (vedi, *infra*, §§ 5-6).

Una chiarissima ricostruzione delle sue progressive metamorfosi si può leggere nella sent. n. 239/2014, punti 3-4 del *considerato in diritto*. Una visione d'insieme dei problemi collegati al relativo regime penitenziario è offerta – in chiave costituzionalistica – da L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it.*, 2015, fasc. 2, 1 ss., nonché – in chiave processualpenalistica - da L. SARACENI-C. CESARI, *sub art. 4-bis*, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA (a cura di) *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 42 ss. e da C. FIORIO, *sub art. 4-bis*, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, tomo III, Milano, 2010, 10166 ss.

⁸ B. SPRICIGO, *La «riflessione critica sul reato» e l'automatismo ostativo dell'art. 4-bis O.P.*, in *Criminalia*, 2014, 628. Come osserva M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2005, 145, la preferenza accordata - quale causa ostativa - al titolo astratto del reato per cui è intervenuta la condanna, «rivela lo sfondo general/preventivo della disposizione, con la pretermissione degli aspetti individualizzanti e trattamentali intrinsecamente inerenti alla pena e con la conseguente problematicità della normativa sotto il profilo costituzionale».

liberazione condizionale) o in parte (permesso premio, semilibertà, detenzione domiciliare, lavoro all'esterno)⁹.

Abbiamo cercato di capire – ma non abbiamo capito ancora – come un siffatto regime penitenziario possa coesistere con il finalismo penale imposto e preteso dal disegno costituzionale: sottratto a qualsiasi concreta ponderazione dei contrapposti interessi in gioco (rieducazione del reo vs. difesa sociale), di una pena orientata alla risocializzazione esso tradisce sia i presupposti che i possibili esiti¹⁰.

Dimostrarlo è agevole, come infilare una lama nel burro. L'ostatività dell'art. 4-bis, [1] ostacolando o precludendo le varie opportunità trattamentali che l'ordinamento penitenziario fornisce, mina alla base la finalità rieducativa della pena; [2] rendendone irrilevante il percorso trattamentale, vanifica la risocializzazione del reo; [3] assimilando il regime detentivo in ragione del reato commesso, compromette le esigenze di individualizzazione e di flessibilità del trattamento, prodromi indispensabili ad una pena che aspiri a rieducare il singolo detenuto; [4] facendo dipendere le modalità esecutive della pena da indici o presunzioni o tipizzazioni legali, e non dalla risposta trattamentale del detenuto, viola il principio costituzionale della responsabilità personale. C'è dell'altro: [5] trasformata in *conditio sine qua non* per evitare «un effettivo e concreto aggravio della sofferenza punitiva legata all'esecuzione della pena»¹¹, la fattispecie collaborativa prevista dall'art. 4-bis ord. penit. strumentalizza la persona detenuta per il conseguimento di utili risultati investigativi, fuori da qualunque disegno rieducativo; [6] il principio della progressione del trattamento, strumentale a quello della rieducatività della pena, è sacrificato in nome di immediate esigenze di difesa sociale, scaricando così sulla collettività – al momento del fine pena – i rischi di una recidiva non adeguatamente disinnescata¹²; [7] assumendo determinate condanne (e non altre) come motivo di oggettiva preclusione ai benefici penitenziari, la norma si espone al rischio costituzionale di ingiustificate parificazioni (o di irragionevoli differenziazioni), compromettendo oltremisura la funzione rieducativa della pena¹³.

⁹ Coglie dunque nel segno l'osservazione di C. MUSUMECI, *Ergastolo. Giorno e notte*, in *Giustizia insieme*, 2012, fasc. 1, 38, per cui, secondo la dinamica normativa dell'art. 4-bis ord. penit., «sembra che la non collaborazione sia ancora più grave del reato commesso».

¹⁰ Non a caso la Corte costituzionale – per salvarne la trama di fondo – ha dato copertura costituzionale all'art. 4-bis ord. penit. ricorrendo all'«espediente teorico» (G. FIANDACA, *sub art. 27, commi 3 e 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 331) della teoria polifunzionale della pena in chiave riduttiva del principio rieducativo: se ne accorge M. RONCO, *Il significato*, cit., 138, che cita a supporto ampi stralci della sent. n. 306/1993.

¹¹ M. RONCO, *Il significato*, cit., 143.

¹² È infatti statisticamente accertato che tra i detenuti ammessi ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla pena si registra un tasso di recidiva di molto inferiore rispetto a quello presente tra i detenuti che scontano integralmente una pena intramuraria: cfr. G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carcerario: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 61-62.

¹³ Cfr. G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 253-254 e, con specifico riferimento al filone giurisprudenziale relativo al regime derogatorio dell'art. 4-bis ord. penit., 268-270.

Diversamente da quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nella sent. n. 306/1993¹⁴, la concedibilità della liberazione anticipata *ordinaria* non è certo sufficiente a posizionare il regime dell'ostatività entro l'orizzonte costituzionale: oltre ad inaridire il percorso trattamentale a un mero sconto di pena, la liberazione anticipata si rivela, in concreto, un beneficio penitenziario «assolutamente inutile» se il reo non collabora utilmente con la giustizia¹⁵.

Né basta far leva sulla non inclusione nel regime ostativo dell'art. 4-*bis* ord. penit. di alcune misure extramurarie (il differimento dell'esecuzione della pena, il permesso di necessità, l'affidamento in prova del tossicodipendente o alcooldipendente, le misure alternative per i malati di AIDS), la cui concedibilità chiama in gioco - dell'art. 27 comma 3 Cost. - non il vincolo teleologico ma il diverso, ancorché complementare, divieto di pene contrarie al senso di umanità¹⁶. Ce l'ha insegnato la giurisprudenza costituzionale: natura umanitaria e finalità rieducativa si muovono all'interno di «*un contesto unitario, non dissociabile*», perché «*un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato*»¹⁷. Necessario, appunto, ma non sufficiente.

Stando così le cose, «la dura verità è che quando il legislatore stabilisce presunzioni assolute di necessità del carcere, [...], fatalmente pretende, o quanto meno accetta, che stia in carcere»¹⁸ anche chi, invece, potrebbe ambire a un differente e più articolato trattamento penitenziario.

¹⁴ Cfr. punto 11, *considerato in diritto*: l'art. 4-*bis* ord. penit., «ha certamente mantenuto aperta la possibilità per tutti i detenuti che perseguono un programma di rieducazione di avvalersi di uno degli istituti volti a tale scopo», qual è la liberazione anticipata, «e ciò esclude che possa ritenersi vanificato [...] il perseguimento in concreto della finalità rieducativa della pena e perciò che sia violato l'art. 27, comma 3, Cost.».

¹⁵ F. DE MINICIS, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2014, 1271.

Diversamente (ma irragionevolmente) i condannati per delitti «ostativi» non possono beneficiare della liberazione anticipata *speciale* che (in via eccezionale e transitoria) ha incrementato fino a 75 giorni la riduzione di pena concedibile con il beneficio della liberazione anticipata ordinaria: cfr. art. 4, d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modificazioni in l. 21 febbraio 2014, n. 10, su cui – criticamente – G. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *DPC*, 8 settembre 2014; A. PUGIOTTO, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientate*, ivi, 30 gennaio 2015; M. V. VALENTINO, *Esclusioni "eccellenti" in tema di liberazione anticipata speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità*, ivi, 14 maggio 2015. In tema cfr. sent. n. 32/2016, commentata da L. PACE, *«Il buono, il brutto e il cattivo» della prima questione di legittimità costituzionale sulla liberazione anticipata speciale. Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2016*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016, 1 ss.

¹⁶ Così, correttamente, A. PULVIRENTI, *Una visione d'insieme della normativa penitenziaria in tema di criminalità organizzata: dalla legislazione di emergenza alla legislazione di settore*, in M. ROMANO – G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, 324-325.

¹⁷ Sent. n. 279/2013, ma già prima cfr. sentt. nn. 12/1966 e 376/1997.

¹⁸ G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carcerario: una proposta*, cit., 58.

3. La delega al Governo per l'eliminazione di automatismi e preclusioni penitenziarie e per la revisione dell'ergastolo ostativo

La consapevolezza del precario equilibrio costituzionale di simili meccanismi automatici di preclusione dei benefici penitenziari è diffusa, e da tempo¹⁹. Ne ha preso coscienza anche il Governo, promotore di un disegno di legge (AC n. 2798, presentato il 23 dicembre 2014) nella cui relazione illustrativa si afferma che una revisione organica dell'ordinamento penitenziario s'impone perché «in esso convivono, con inevitabili frizioni interne, l'istanza rieducativa e di risocializzazione con quella di sicurezza sociale». La novità sopravvenuta è che, finalmente, dalle proposte *de jure condendo* si è passati all'approvazione della legge di delega 23 giugno 2017, n. 103, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*.

Per parte nostra, condividiamo la radicalità dei principi e dei criteri direttivi della delega (art. 1, comma 85, lett. e), riferiti all'attuale previsione di meccanismi ostativi correlati alla recidiva e a reati puniti con pene temporanee: il Governo, infatti, è chiamato ad un'opera di «*eliminazione di automatismi e di preclusioni*» operanti «*sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati*». La ragione è squisitamente costituzionale, riconosciuta apertamente dal legislatore delegante: simili meccanismi «*impediscono ovvero ritardano [...] l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari, in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato*»..

Meno lineare, invece, ci appare il contenuto della delega nella parte riguardante la forma più estrema di preclusione automatica: il c.d. ergastolo ostativo²⁰. L'*intentio legislatoris* sembra ispirata a notevole cautela nell'indirizzare il Governo delegato

¹⁹ È sufficiente fare riferimento, ad esempio, alle proposte di riforma avanzate in diverse sedi ufficiali: cfr. *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, Relazione della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza, Quaderni del CSM, 2013, n. 160, XIII e 11 ss; *Superamento dell'ergastolo ostativo: la proposta della Commissione Palazzo*, in DPC, 19 febbraio 2014; *Audizione dei rappresentanti dell'ANM sulla proposta di legge C. 2798*, Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, Roma, 17 febbraio 2015, 32-33; *Tavolo XVI degli Stati generali dell'esecuzione penale: Trattamento. Ostacoli normativi alla individualizzazione del trattamento rieducativo*, in www.giustizia.it (vedi, *infra*, nota 39).

²⁰ L'ergastolano ostativo è un detenuto che sconta integralmente dietro le sbarre la pena del carcere a vita a seguito di una condanna per uno o più reati inclusi nel comma 1 dell'art. 4-bis, ord. penit. perché, pur essendo nelle condizioni di poter collaborare utilmente con la giustizia, non si adopera nei termini previsti dall'art. 58-ter o.p.: in ragione di ciò, gli sono precluse tutte le principali misure extramurarie, ivi compresa la liberazione condizionale.

La variante ostativa del carcere a vita rappresenta «la più inequivocabile smentita di quel luogo comune così diffuso e così insidioso che fa dire a tanti (magistrati compresi): ma in Italia, praticamente, l'ergastolo non esiste. Già, praticamente» (L. MANCONI, *Ergastolo ostativo, il luogo comune del "fine pena"*, in *Il manifesto*, 7 settembre 2016). Infatti, «come si sa, se solo lo si voglia sapere» (A. SOFRI, *L'ergastolo "ostativo" in Italia, un altro scempio*, in *Il foglio*, 5 ottobre 2016), sono 1216 gli ergastolani ostativi, su un totale di 1678 condannati al carcere a vita, pari al 72,5% (Fonte DAP; situazione alla data del 30 settembre 2016). Per una riflessione monografica in argomento il rinvio è al volume di C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, prefazione di G. SILVESTRI, appendice di D. GALLIANI. Una documentazione cinematografica di che cosa significhi scontare una detenzione intramuraria senza speranza perché *usque ad mortem* si deve, ora, al film *Spes contra spem. Liberi dentro*, regia di A. Crespi, prodotto da Index Production e Nessuno Tocchi Caino (Italia, 2016), di cui si consiglia vivamente la visione.

verso un suo superamento. Tre indizi sono una prova, come insegnava Agatha Christie: [1] la norma parla di «*revisione*», e non di «*eliminazione*» (come fa, invece, riferendosi agli altri automatismi e preclusioni legislative); [2] l'attuale formulazione nasce da un emendamento all'originaria disposizione contenuta nel già citato disegno di legge governativo, ben più promettente (suonava così: «*revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo*»²¹). Tale emendamento è stato approvato «per procura», all'indomani dell'invio alla Presidente della Commissione Giustizia della Camera di una lettera – appunto - del Procuratore nazionale antimafia, Franco Roberti, in cui si esprimeva «assoluta contrarietà ad ogni futura modifica normativa che possa anche solo attenuare [...] le previsioni di cautela oggi vigenti», trattandosi di «fenomeni criminali che non solo giustificano ma addirittura impongono il mantenimento di un “doppio binario” a livello penitenziario»²²; [3] il legislatore delegante ha avuto cura di includere, quali eccezioni al criterio direttivo, un espresso riferimento a «*casi di eccezionale gravità e pericolosità*» e «*comunque*» per «*i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale*». Cioè a dire, l'intero bacino (o quasi) delle fattispecie di reato già oggi previste nel vigente art. 4-*bis* ord. penit.

Così interpretata, la delega non solo escluderebbe la possibilità di superare il sistema dei reati cc.dd. di prima fascia (art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit.), ma addirittura potrebbe consentire al Governo di lasciare sostanzialmente immutati anche il meccanismo e l'elenco dei reati di seconda e terza fascia (art. 4-*bis*, commi 1-*ter*, 1-*quater*, 1-*quinquies*, ord. penit.)²³. Partita chiusa, dunque? A noi non sembra, in ragione di un'elementare regola ermeneutica: l'interpretazione della legge deve pur sempre preservarne il carattere di novità normativa, pena altrimenti la sterilizzazione dell'azione legislativa, ridotta a inutile esercizio di stile. Quindi, tra le possibili soluzioni esegetiche, andrà scartata quella che isterilisce il testo della delega, optando semmai per le interpretazioni che mettono a valore il nuovo materiale legislativo. Vediamo quali.

Una prima bussola interpretativa ha il suo magnete nel principio della delega che parla di «*revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo*». Nel linguaggio del diritto, «*revisione*» è sinonimo di modifica, rettifica: il Governo non è chiamato a prendere atto delle scelte pregresse, semmai è vincolato a riesaminarle al fine di un loro possibile mutamento. Ciò legittima – senza ombra di dubbio – un intervento, da più parti ritenuto oramai necessario, teso a ridimensionare il numero di ipotesi criminose progressivamente incluse nell'art. 4-*bis* ord. penit., che - allo

²¹ Art. 26, comma 1, lett. c), AC n. 2798, presentato il 23 dicembre 2014 dal ministro della Giustizia (Orlando), di concerto con i ministri dell'Interno (Alfano) e dell'Economia e Finanze (Padoan).

²² Lettera n. prot. 20329/2015/PN, Roma, 9 luglio 2015; nel testo originale della missiva, a scanso di equivoci, l'espressione «*assoluta contrarietà*» è enfatizzata ricorrendo contestualmente all'uso del grassetto, del neretto e della sottolineatura.

²³ In tal senso cfr. L. PACE, *Premminente interesse del minore e automatismi preclusivi alla luce della sentenza costituzionale n. 76/2017*, in *Studium Iuris*, 2017, in corso di pubblicazione.

stato - compone «un elenco di reati complesso, eterogeneo, stratificato e di diseguale gravità»²⁴.

È un'opera di bonifica normativa che può riguardare anche i reati cc.dd. di prima fascia, senza che a ciò osti il riferimento della delega a «*casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati*». La relativa individuazione – nel silenzio dell'organo delegante - non può che spettare all'organo delegato, esattamente nell'esercizio dell'opera di «*revisione*» della materia cui è espressamente e doverosamente chiamato. Non è possibile ragionare diversamente, ipotizzando che sul punto la delega contenga un rinvio fisso alla tipologia di reati oggi inclusi nell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., allo scopo di scudarli dall'azione di revisione del Governo: se così fosse, sarebbe del tutto pleonastico l'espresso riferimento successivo ai «*delitti di mafia e di terrorismo anche internazionale*». Perché nominarli, infatti, se già compaiono nell'elenco che si vorrebbe comunque integralmente cristallizzato e messo al sicuro da modifiche in sede di attuazione della delega?

È lecito anche domandarsi se lo sfolgimento del catalogo dei reati ostativi, cui il Governo è legittimato, possa spingersi fino a riguardare fattispecie penali non incluse nell'ordinamento penitenziario: si pensi ai numerosi casi di rinvio mobile all'art. 4-*bis* ord. penit., presente in norme del codice penale o di leggi penali speciali²⁵. Qualcuno lo esclude, affermando che la legge di delega circoscriverebbe gli interventi del Governo delegato alle sole norme dell'ordinamento penitenziario²⁶. Secondo noi si può, invece, argomentare diversamente.

L'art. 1, comma 85, lett e) ha come oggetto di delega (non l'ordinamento penitenziario, bensì) «*la disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo*», e tale disciplina comprende non soltanto il meccanismo dell'ostatività ma anche i delitti che ne rappresentano l'innescio. Ed è solo attraverso un'opportuna cernita di questi che è possibile implementare il principio dettato dalla delega di intervenire – nella forma dell'«*eliminazione*» o della «*revisione*» – su quegli automatismi che ostacolano la funzione di risocializzazione cui devono mirare, per Costituzione, la pena e la sua esecuzione. Se così è, l'opera di ecologia normativa cui il Governo è delegato non può che avere (potenzialmente) ad oggetto *tutte* le previsioni legislative, *ovunque* collocate, che consentono l'applicazione del regime ostativo²⁷.

Proseguendo nella medesima strategia argomentativa fin qui tratteggiata, la «*revisione*» cui è chiamato il Governo potrà estendersi anche alla dinamica dell'attuale regime preclusivo. La contrarietà dell'organo delegante all'eliminazione dell'ergastolo

²⁴ Così, criticamente, la sent. n. 76/2017, ma già in senso analogo le sentt. nn. 239/2014 e 32/2016. In dottrina, per tutti, vedi G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carcerari: una proposta*, cit., 60, che non esita a parlare di «*accozzaglia di reati*» formatasi «*per sedimentazioni successive, come fosse una sorta di stalattite normativa*».

²⁵ Se ne può leggere un accurato censimento in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, 584.

²⁶ Così, ad esempio, A. DELLA BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *DPC*, 20 giugno 2017.

²⁷ Del resto, il titolo della legge di delega parla testualmente di «*modifiche*» (anche) «*al codice penale*», così come il suo art. 86 autorizza il Governo ad adottare (anche) decreti legislativi recanti «*le norme di coordinamento*» delle introdotte modifiche penitenziarie «*con tutte le altre leggi dello Stato*».

ostativo, infatti, *non implica automaticamente* la conservazione della sua attuale fisionomia²⁸. Ciò che il delegante esige è che sopravviva la previsione di meccanismi che rendano più severe le modalità di accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative per chi è stato condannato all'ergastolo per specifici reati di particolare pericolosità sociale. È un risultato che non esclude, in sede di attuazione della delega, la possibilità di intervenire – rimodulandole – su entrambe ovvero su l'una o l'altra delle condizioni preclusive contemplate nel vigente art. 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, ord. penit.: l'obbligo di collaborare utilmente con la giustizia e la comprovata assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata. Un loro adattamento costituzionale, dunque, sembrerebbe praticabile, implementando una delle tante formule prospettate nella «discussione corale» di questi anni, auspicata e agevolata dall'attuale Guardasigilli²⁹.

Laddove la delega appare particolarmente stringente è nel pretendere «*comunque*» un ergastolo ostativo «*per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale*». Cioè, proprio per i casi più frequenti di operatività dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit.

In realtà, la formulazione testuale della legge di delega rende possibile allentare i nodi ai polsi dell'organo delegato. La disposizione, innanzitutto, parla espressamente di «*condannati* alla pena dell'ergastolo» e di «*condanne*» per reati di mafia e di terrorismo. Mettendo a valore il dato letterale, si può allora escludere l'applicazione del regime ostativo agli *imputati* di simili reati, diversamente da quanto oggi accade: per via interpretativa – e nonostante la rubrica dell'art. 4-*bis* ord. penit. parli espressamente di «*condannati*» – i giudici di sorveglianza precludono loro l'accesso al beneficio del lavoro esterno durante il periodo di custodia cautelare. È un orientamento giurisprudenziale censurabile anche perché assimila, sulla base del titolo astratto di reato, due *status* fra loro eterogenei (quello dell'imputato soggetto a misura cautelare personale, e quello del condannato in fase di esecuzione della pena) sottoposti a misure detentive teleologicamente differenti (giacché le misure cautelari, diversamente dalla pena, sono volte a presidiare i *pericola libertatis*, cioè ad evitare la fuga, l'inquinamento delle prove e la commissione di reati)³⁰.

²⁸ Depone in tal senso anche la circostanza secondo cui, laddove il legislatore delegato ha inteso escludere qualsiasi modifica ordinamentale, ha disposto espressamente in tal senso: così, ad esempio, per il regime c.d. di «carcere duro», ex art. 41-*bis* ord. penit. (cfr. art. 85, comma 1, l. n. 103 del 2017)

²⁹ Cfr. E. NOVI, *Il ministro Orlando "apre" al superamento dell'ergastolo ostativo, ne il Garantista*, 1 agosto 2015. Per una panoramica sulle possibili soluzioni prospettate in dottrina cfr. C. MUSUMECI- A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., 167 ss., cui *adde* le proposte di modifica all'art. 4-*bis* ord. penit. formulate da M. BORTOLATO (p. 155.), F. FIORENTIN (p. 161), C. FIORIO (p. 170) e F. SIRACUSANO (p. 189), in G. GIOSTRA- P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in *DPC*, 15 luglio 2017.

³⁰ Estranea all'oggetto della delega, resiste tuttora la presunzione legale *assoluta* di adeguatezza della sola custodia in carcere dell'indiziato per i reati di associazione sovversiva (art. 270 c.p.), di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico (art. 270-*bis* c.p.) e di associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.), indipendentemente dal ruolo – marginale o apicale – ricoperto nell'organizzazione criminale. Anche qui siamo in presenza di un automatismo che scatta a prescindere da qualunque verifica circa l'eventuale sussistenza di elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti l'idoneità a soddisfare le esigenze cautelari con misure diverse dalla carcerazione preventiva.

L'assolutezza di una simile presunzione legale è giustificata (ma – sia chiaro – *non imposta*) da una consolidata giurisprudenza costituzionale, sulla base delle peculiari caratteristiche del sodalizio associativo tra i suoi membri e il loro ambito criminale d'origine: cfr. l'ord. n. 450/1995 (annotata da D. NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*, in *Cass. Pen.*,

Spingendosi oltre, si potrebbe anche sostenere che la delega esiga che lo *status* di ergastolano “ostativo” risulti *espressamente* nella sentenza di condanna pronunciata al termine del processo di cognizione. Ciò, peraltro, in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in tema di pena perpetua riducibile, che ricava dall’art. 3 CEDU il diritto del condannato all’ergastolo di conoscere, già nel momento stesso in cui la condanna è pronunciata, quale percorso trattamentale e quale condotta personale dovrà intraprendere per aspirare a un rilascio anticipato³¹.

Oggi, invece, il condannato alla pena perpetua può scoprire di rientrare nella categoria degli ergastolani ostativi anche *a distanza di anni*, quando si vede negare l’ammissione a un beneficio penitenziario o a una misura alternativa di cui riteneva di aver maturato il diritto. Ciò accade perché l’art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. presenta un perimetro a geometria variabile, il cui tracciato è rimesso all’analisi *ex post* delle motivazioni della sentenza di condanna da parte della magistratura di sorveglianza. Questa è chiamata a ricavarvi elementi in grado di ricondurre il delitto commesso nel catalogo normativo di quelli assolutamente ostativi, servendosi non solo del *nomen iuris* ma pure di criteri sostanzialistici, quali le intrinseche connotazioni mafiose della fattispecie penale: il comma 1 dell’art. 4-*bis* ord. penit., infatti, include tra i reati cc.dd. di prima fascia anche i relativi “delitti-satellite”³², *indipendentemente* dall’avvenuta contestazione o meno della circostanza aggravante speciale di cui all’art. 7, l. n. 203 del 1991³³. Se la delega esige che la natura di delitto “ostativo” emerga già nella sentenza di condanna, il decreto delegato potrebbe prevedere un divieto alla prassi giudiziaria di qualificarlo tale *ex post*, durante la fase esecutiva della pena.

1996, 2835 ss.), le sentt. n. 265/2010 (commentata da S. LORUSSO, *Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere*, in *Guida al Dir.*, 2010, n. 35, 60 ss., e da P. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 949 ss), n. 57/2013 (sulla quale vedi le osservazioni di R. ADORNO, *L’inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare “obbligatorio”: cade la presunzione assoluta anche per i reati a “contesto mafioso”*, in *Giur. Cost.*, 2013, 2408 ss.; R. BRICCHETTI, *Smantellato un sistema di presunzione assoluta che lede il principio dell’eguaglianza dei cittadini*, in *Guida al Dir.*, 2013, n. 17, 78 ss.; L. CALÒ, *Osservazione a Corte cost.*, 29 marzo 2013, n. 57, in *Foro it.*, 2013, I, 2748 ss.; C. DE ROBBIO, *La c.d. “aggravante mafiosa”: circostanza prevista dall’art. 7 del d.lg. n. 152 del 1991*, in *Giur. Merito*, 2013, 1612 ss.; E.N. LA ROCCA, *Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio*, in *Arch. pen.*, 2013, 655 ss; A. MARANDOLA, *Sull’(in)adeguatezza della custodia in-tramuraria applicata ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’art. 416-bis c.p. ovvero il punto di «non ritorno» degli automatismi in sede cautelare*, in *Giur. Cost.*, 2013, 885 ss.), n. 48/2015 e, da ultima, l’ord. n. 136/2017.

³¹ Vedi, *infra*, § 9.

³² Cioè a dire – citando il testo dell’art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. - i «delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo [416-*bis* c.p.] ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste».

³³ Cfr. P. CANAVELLI, *Ergastolo. Giorno e notte*, in *Giustizia insieme*, 2012, 31-32, che cita a esempio Cass. sez. I, 3 marzo 2011, n. 15461 e 8 marzo 2011, n. 13435.

Per mero tuziorismo, è solo il caso di precisare come l’esigenza di prevedibilità – imposta anche dall’art. 7 CEDU – non può certo ritenersi soddisfatta per il solo fatto che il detenuto, sulla base dell’attuale formulazione dell’art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., è comunque al corrente della possibilità per il giudice di sorveglianza di qualificare il suo delitto come “ostativo” in un momento successivo alla pronuncia della sentenza che lo condanna. La natura ostativa del reato, infatti, è la *premessa* da cui discende il diritto *conseguente* del detenuto di conoscere – fin dal momento della condanna - cosa fare per coltivare quello che i giudici di Strasburgo chiamano «diritto alla speranza».

Capire i margini di manovra interni alla delega è già un problema di merito. Non è, però, l'unico. C'è infatti, prima ancora, un problema di metodo: per portare a casa il risultato, il Governo dovrà impegnarsi in una vera e propria corsa contro il tempo. Proviamo a cronometrarla: la l. n. 103 del 2017 è stata pubblicata il 4 luglio (in G.U. n. 154) ed è entrata in vigore il 3 agosto³⁴; i «decreti legislativi» per la riforma dell'ordinamento penitenziario vanno adottati «nel termine di un anno»³⁵; dunque, la loro emanazione deve intervenire entro e non oltre il 2 agosto 2018³⁶.

Abbiamo a che fare, cioè, con una delega il cui arco temporale scavalca la vita sia dell'organo delegato che dell'organo delegante, considerato che la XVII Legislatura – escludendo l'ipotesi di un voto anticipato – chiuderà i battenti nella primavera 2018. Se non esercitata, la delega verrà (giuridicamente) ereditata dall'Esecutivo espresso dalle Camere nel frattempo elette. Il suo destino dipenderà allora dall'indirizzo politico della nuova maggioranza parlamentare che, se contraria, potrà agevolmente liberarsene: il Governo lasciandola scadere inutilmente, il Parlamento revocandola espressamente (attraverso l'abrogazione della l. n. 103 del 2017) o implicitamente (approvando una legge disciplinante in proprio la materia delegata)³⁷.

Per l'attuale Esecutivo – che, pur di ottenere la delega, non ha esitato a mettere in gioco la propria sopravvivenza ricorrendo alla questione di fiducia, in occasione dell'approvazione definitiva del relativo testo di legge³⁸ – i termini a disposizione sono ancora più ristretti di quelli indicati nella l. n. 103 del 2017, trattandosi di esercitare la funzione legislativa delegata entro l'ultimo, breve scorcio di legislatura. È un compito molto difficile ma non impossibile, potendo avvalersi della mole di lavoro istruttorio e redazionale già svolto dagli Stati Generali per la riforma dell'ordinamento penitenziario, promossi a suo tempo dal suo Guardasigilli³⁹. È certamente un compito da esercitare con la massima accortezza e perizia, perché *questo* Governo non avrà modo di rimediare a quanto fatto, non fatto e mal fatto in sede di attuazione della delega, ricorrendo a futuri decreti legislativi integrativi e correttivi⁴⁰. Per riuscire nell'impresa, si è proceduto alla nomina ministeriale di tre

³⁴ Cioè a dire, «il trentesimo giorno successivo a quello della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale», come stabilisce il suo art. 95, comma 2.

³⁵ Di «decreti legislativi», al plurale, parla l'art. 82; il termine annuale, invece, è stabilito dall'art. 83, che disciplina anche il crono-programma concernente l'acquisizione dei pareri obbligatori delle Commissioni parlamentari competenti.

³⁶ Ex art. 14, comma 2, legge n. 400 del 1988.

³⁷ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 205.

³⁸ Cfr. Camera, Aula, seduta del 14 giugno 2017.

³⁹ Il *Documento finale* degli Stati Generali dell'esecuzione penale, datato 18 aprile 2016, è consultabile nel sito istituzionale del Ministero di Giustizia (www.giustizia.it) ed è fatto oggetto di attenta ricognizione da parte di F. FIORENTIN, *Le conclusioni degli Stati Generali per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in *DPC*, 6 giugno 2016; vedi anche OSSERVATORIO CARCERE DELL'UCPI, *Gli Stati generali dell'esecuzione penale*, prefazioni di A. ORLANDO, G. GIOSTRA e B. MIGLIUCCI, Ospitaletto (Pisa), 2016.

⁴⁰ Benché previsti espressamente dall'art. 87, l. n. 103 del 2017, che autorizza il Governo ad adottare «uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive» in materia di ordinamento penitenziario, «nel rispetto dei principi e criteri direttivi stabiliti» dalla legge di delega, «entro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi» primari: è una scansione temporale che taglia fuori l'attuale Esecutivo, oramai a fine corsa.

Commissioni di studio *ad hoc* incaricate di redigere lo schema del decreto legislativo concernente le modifiche all'ordinamento penitenziario: è quella presieduta dal Prof. Glauco Giostra ad occuparsi della riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso, ivi compreso il regime ostativo ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla pena⁴¹. Il lavoro redazionale delle tre Commissioni ministeriali dovrà essere ultimato entro il 31 dicembre 2017.

Se è lecito un consiglio non richiesto: considerata la possibilità di approvare in successione una pluralità di «decreti legislativi recanti modifiche all'ordinamento penitenziario»⁴², purché riferiti a oggetti distinti e suscettibili di separata disciplina, nulla impedisce che il Governo opti per un esercizio frazionato della delega penitenziaria, ex art. 14, comma 3, l. n. 400 del 1988. Si potrà così anteporre l'utile approvazione di alcune misure di riforma ritenute prioritarie, evitando il concreto rischio di non esercitare in tempo alcunché della delega penitenziaria, se unitariamente intesa.

4. Nel frattempo: l'ostatività ai benefici penitenziari a giudizio delle Corti, costituzionale ed europea dei diritti dell'uomo.

Qualcosa, nel frattempo, si muove lungo la corsia parallela della tutela giurisdizionale: come tanti *geyser*, infatti, le criticità costituzionali dell'ostatività ai benefici penitenziari emergono in superficie soprattutto in sede di applicazione, quando la concretezza dei casi mette in crisi la rigida geometria degli automatismi preclusivi, finora rivelatisi impermeabili a modifiche legislative costituzionalmente orientate⁴³. Si creano così le condizioni processuali per un giudizio sulla loro legittimità.

È già accaduto a livello di giurisprudenza costituzionale⁴⁴, e ancora accadrà nei prossimi mesi quando la Corte affronterà una *quaestio legitimatis*, tanto inedita quanto esemplare, su una situazione di automatismo tra le più severe previste nell'ordinamento penitenziario, ex art. 58-*quater*, comma 4⁴⁵.

⁴¹ Contestualmente, la Commissione presieduta dal Prof. Marco Pellissero si occupa delle modifiche alla disciplina delle misure di sicurezza e di assistenza sanitaria, mentre quella presieduta dal Dott. Francesco Cascini lavora sulla riforma dell'ordinamento penitenziario minorile: cfr. D. ALIPRANDI, *Ordinamento penitenziario, al via le Commissioni per la riforma*, in *Il Dubbio*, 21 luglio 2017; D. STASIO, *L'estate immobile del carcere. Aspettando la "rupture" di Orlando*, in *Quest. Giust.*, 7 settembre 2017.

⁴² Come contemplato dall'art. 85, comma 1, l. n. 103 del 2017.

⁴³ Si è assistito, semmai, all'estensione quasi inerziale del regime ostativo dell'art. 4-*bis* ord. penit. a categorie di condannati per fattispecie penali ben diverse da quelle che ne avevano originariamente giustificata l'introduzione: da ultimi, il favoreggiamento nel reato di immigrazione clandestina (art. 12, commi 1 e 3, l. 23 luglio 1998, n. 286) e lo scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-*ter* c.p.). Di più: va registrata l'approvazione alla Camera, il 29 luglio 2015, del disegno di legge AC 1129 che – tra le altre novità ordinamentali – introduce l'inapplicabilità del giudizio abbreviato per taluni gravi delitti, in prevalenza puniti con la pena del carcere a vita (cfr. E. NOVI, *Altro che abolire l'ergastolo, la Camera lo blinda di nuovo*, in *Il Garantista*, 2 agosto 2015): il testo, ad oggi, giace ancora a Palazzo Madama. In tema, con riferimento ad analoga riforma tentata, ma non riuscita, nella scorsa legislatura, vedi A. PUGIOTTO, *Cattive nuove in tema di ergastolo*, in *Studium Iuris*, 2012, fasc. 1, 3 ss.

⁴⁴ Vedi, *infra*, §§ 5 e 6.

⁴⁵ Vedi, *infra*, § 7.

Altrettanto è accaduto e accadrà a livello di giurisprudenza europea, con riferimento al tema decisivo della compatibilità convenzionale di una «pena perpetua non riducibile». La Corte europea dei diritti dell'uomo ha continuato ad aggiungere nuovi anelli alla catena di pronunce con le quali – non senza incertezze e ripensamenti – ha finito per elaborare la propria *doctrine* in materia⁴⁶. Ripercorrere tali precedenti diventa fondamentale, in vista della futura decisione che i giudici di Strasburgo saranno chiamati ad assumere nel caso *Viola v. Italia*, dove – per la prima volta in sede europea – sarà oggetto di giudizio il meccanismo preclusivo per antonomasia del nostro ordinamento penitenziario: il già ricordato ergastolo ostativo⁴⁷.

È il momento di portare queste vicende giurisprudenziali al centro della scena. Cominciamo dal fronte costituzionale interno.

5. Il regime ostativo dell'art. 4-bis ord. penit. nella giurisprudenza costituzionale.

Da tempo, il regime ostativo dell'art. 4-bis ord. penit. non è aggredito frontalmente dalla magistratura di sorveglianza, preferendosi ad un assalto diretto un progressivo accerchiamento capace di erodere alcuni dei suoi effetti preclusivi. In ciò i giudici *a quibus* sembrano conformarsi ad una giurisprudenza costituzionale mostratasi, nel tempo, nettamente propensa a modificarne taluni ingranaggi, senza però rottamare l'intero meccanismo.

La Corte costituzionale, infatti, ha meritoriamente condotto un'opera di progressiva erosione della collaborazione quale «unica condotta in grado di oltrepassare lo «sbarramento» dell'ostatività⁴⁸, costringendo così il legislatore a equiparare alla collaborazione propriamente intesa (disciplinata all'art. 58-ter ord. penit.) anche le ipotesi di collaborazione irrilevante, impossibile o comunque oggettivamente inesigibile⁴⁹. In pratica, benefici e misure alternative possono essere concessi ai condannati per reati «ostativi» solo nei casi in cui gli interessati collaborino utilmente con la giustizia oppure dimostrino di non poterlo fare.

Di più. Il giudice delle leggi ha manifestato tutte le sue perplessità in ordine alla configurazione normativa di veri e propri «tipi di autore» individuati sulla base del titolo astratto del reato commesso, «*per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita*»⁵⁰. Ha riconosciuto apertamente che l'automatismo preclusivo

⁴⁶ Vedi, *infra*, §§ 9 e 10

⁴⁷ Vedi, *infra*, § 8.

⁴⁸ M. LO GIUDICE, *Limiti e condizioni di accesso ai benefici penitenziari per i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata*, in M. ROMANO – G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, 374.

⁴⁹ Cfr. sentt. n. 306/1993, n. 357/1994 (annotata da M. MARGARITELLI, «Limitata partecipazione al fatto criminoso» e accesso ai benefici penitenziari, in *Giur. Cost.*, 1994, 3208 ss), n. 361/1994, n. 68/1995 (commentata da A. MACCHIA, *Liberazione condizionale e art. 4-bis ord. penit.: rinvio formale o recettizio?*, in *Cass. Pen.*, 1995, 1785 ss). Per una ricostruzione complessiva di tale giurisprudenza vedi F. BAIO, *La scrittura delle sanzioni*, cit., 300-305.

⁵⁰ Sent. n. 306/1993, punto 11, *considerato in diritto*.

risponde ad esigenze investigative e non penitenziarie⁵¹. Si è spinta fino a pronunciare un vero e proprio epitaffio: «*se si esclude radicalmente il ricorso a criteri individualizzanti, l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo*» e *si instaura di conseguenza un automatismo "sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena"*»⁵².

Ciò nonostante, il Giudice delle leggi ha sempre escluso che l'ostatività prescritta dall'art. 4-bis ord. penit. possa ritenersi, «*di per sé*»⁵³, in contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost., anche quando in grado di generare un ergastolo senza scampo⁵⁴. È una conclusione radicata nella convinzione che la scelta di collaborare con la giustizia rappresenti un ragionevole indice legale dell'avvenuta rescissione dell'originario legame tra il reo e il sodalizio criminoso esterno⁵⁵, e che tale scelta non possa qualificarsi come una «*costrizione*»⁵⁶, una volta escluso dal legislatore «*qualsiasi automatismo degli effetti nel caso in cui la mancata collaborazione non possa essere imputata ad una libera scelta del condannato*»⁵⁷.

A dispetto della loro tenuta, sono approdi che deragliano dalla realtà delle cose e rispetto ai quali, dunque, si può dissentire⁵⁸. Ad esempio, revocando in dubbio - anche empiricamente - la natura sempre e comunque *volontaria* dell'opzione del condannato di non

⁵¹ Il riferimento è alla sent. n. 239/2014 dove si individua, nella *ratio* del congegnato meccanismo ostativo dell'art. 4-bis ord. penit., «l'obiettivo di incentivare, per ragioni investigative e di politica criminale generale, la collaborazione con la giustizia» quale «strumento essenziale per la lotta alla criminalità organizzata»: un obiettivo che nella situazione del momento assumeva, «in fatto, un rilievo preminente».

⁵² Così, antologicamente, la sent. n. 189/2010, punto 2.1, *considerato in diritto* (con testuali richiami alle sentt. nn. 257/2006, 79/2007 e 255/2006).

⁵³ Sic, nella sent. n. 239/2014, punto 2, *considerato in diritto*.

⁵⁴ Riproposta dopo una prima, interlocutoria pronuncia di inammissibilità per difetto di rilevanza (ord. n. 359/2001), la *quaestio legitimitatis* avente ad oggetto l'ergastolo ostativo è stata rigettata dalla Corte costituzionale con sent. n. 135/2003. A, commento della pronuncia vedi L. CREMONESI, *La Consulta "stoppa" la rieducazione. Impedito all'ergastolano qualsiasi percorso riabilitativo*, in *Dir. e Giust.*, 2003, n. 19, 14 ss. e A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit.*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2003, 1351 ss.

⁵⁵ Cfr. sent. n. 273/2001, commentata da E. FAZZIOLI, *La collaborazione come presupposto necessario per l'ammissione ai benefici penitenziari: un nuovo orientamento della Corte?*, in *Giur. Cost.*, 2001, 2290 ss.; R. GRANATA, *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.*, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 296 ss.; G. LA GRECA, *Liberazione condizionale e criminalità organizzata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2002, I, 21 ss.

⁵⁶ Così, testualmente, la sent. n. 39/1994, punto 4, *considerato in diritto*.

⁵⁷ Sent. n. 135/2003, punto 4, *considerato in diritto*. Diversamente, «*residuerrebbe nel sistema null'altro che una preclusione assoluta, del tutto priva di bilanciamento proprio sul piano dei valori costituzionalmente coinvolti*» (sent. n. 68/1995, punto 4, *considerato in diritto*).

⁵⁸ Anche perché alla normativa in esame «non si può, a livello interpretativo, restituire una plausibilità costituzionale [...], se non smantellandola pezzo a pezzo o rifondandola per legge» (G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carcerario: una proposta*, cit., 58). Lo conferma il mancato seguito giurisprudenziale di quei raffinati tentativi dottrinali miranti a un'esegesi costituzionalmente orientata dell'art. 4-bis, ord. penit.: ora nel senso di sottrarre al relativo regime ostativo taluni benefici penitenziari (cfr. L. EUSEBI, *Ergastolano "non collaborante" ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettività di una fine?*, in *Cass. Pen.*, 2012, 1220 ss.), ora nel senso della necessità di un contraddittorio davanti al magistrato di sorveglianza sulle ragioni della mancata collaborazione da parte del condannato per un delitto «ostativo», così da attenuare un automatismo normativo considerato discriminatorio (B. SPRICIGO, *La "riflessione critica sul reato"*, cit., 639).

collaborare con la giustizia⁵⁹. O contestando, sul piano logico-giuridico, la rigida equivalenza tra *collaborazione* e *ravvedimento*, quasi che il ravvedimento operoso sia sempre autentica manifestazione di emenda⁶⁰. O dimostrando che, giuridicamente, c'è differenza tra *premiare* la collaborazione e *sanzionare* la non collaborazione⁶¹. O segnalando che le ipotesi di collaborazione oggettivamente inesigibile si limitano a *ridurre* l'ambito di operatività dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., ma non ne mutano la natura giuridica di presunzione legale *assoluta*⁶². Fino a prefigurare come non manifestamente infondata una rinnovata *quaestio legitimitatis* avente ad oggetto la conseguenza più feroce del regime ostativo penitenziario: il c.d. ergastolo ostativo⁶³.

Sullo sfondo, va condiviso il giudizio secondo cui la Corte costituzionale, misurando la legittimità del regime preclusivo dell'art. 4-bis ord. penit., «non si è giovata del retroterra teorico rappresentato dalla sent. n. 313/1990» (ora solennemente richiamato, dunque confermato, nella sent. n. 179/2017), preferendo nei fatti accantonarlo⁶⁴. È una contraddizione che diventa stridente nella scelta della Corte di valorizzare in massimo grado il percorso rieducativo compiuto dal detenuto solo per negare la *revoca* dei benefici per effetto di una mera successione di leggi nel tempo, non anche per giustificarne la *concessione*⁶⁵. Eppure, in una logica trattamentale finalizzata alla risocializzazione del reo,

⁵⁹ Accade, ad esempio, nell'ipotesi estrema (ma non impossibile) di errore giudiziario che – in forza delle rigidità normative dell'art. 4-bis, ord. penit. - trasforma kafkianamente in una colpa irredimibile l'innocenza e il non aver nomi o fatti da denunciare. O alle ipotesi (tutt'altro che infrequenti) in cui la collaborazione del condannato esporrebbe a ritorsioni anche esiziali sé stesso o i propri familiari.

⁶⁰ La collaborazione, infatti, al più attesta l'affidabilità *oggettiva* del condannato, quanto all'avvenuto distacco dal sodalizio criminale. Ma nulla dimostra sul piano del ravvedimento *soggettivo*, potendosi trattare di una scelta collaborativa strumentale, finalizzata esclusivamente ad evitare la particolare rigidità del regime penitenziario. Dell'assenza di una corrispondenza biunivoca, del resto, erano convinti un tempo anche a Palazzo della Consulta, quando si riconosceva realisticamente che una condotta collaborativa «ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche», così come «la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica» (sent. n. 306/1993, punti 9 e 13, *considerato in diritto*).

⁶¹ Nella dinamica dell'art. 4-bis ord. penit., infatti, la condotta collaborante pretesa dall'ergastolano ostativo è richiesta non per far conseguire un *vantaggio* all'autore del reato, ma per evitargli uno *svantaggio* (cioè la preclusione a qualsiasi misura penitenziaria extramuraria). Detto altrimenti non si tratta di una condotta premiale, semmai di una *conditio sine qua non* per evitare un danno aggiuntivo.

⁶² Cfr. R. GRANATA, *Misure alternative alla detenzione*, cit., 2002, 296 ss.; Id., *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.: note aggiuntive*, in *Giust. Civ.*, 2005, 2004 ss.; Id., *Ancora in tema di misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.*, ivi, 2005, 2291 ss..

⁶³ Il riferimento è all'atto di promovimento *ad hoc* elaborato da A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo. Dalle pagine di un libro a Palazzo della Consulta*, in *DPC*, 13 luglio 2016.

⁶⁴ L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., 37 nota 92.

⁶⁵ Cfr. sentt. nn. 306/1993, 504/1995, 445/1997, 450/1998, 137/1999, 79/2004, 257/2006, 79/2007, tutte espressive del c.d. principio di progressione del trattamento e del conseguente divieto di una sua regressione incolpevole. Per una ricostruzione complessiva di tale orientamento giurisprudenziale, cfr. F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni*, cit., 304-307; C. CESARI-G. GIOSTRA, *Art. 4-bis*, in V. GREVI- G. GIOSTRA- F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, I, Padova, 2011, 102-106.

A commento della sent. n. 79/2007 cfr. A. BONOMI, *L'art. 25, 2° comma, Cost. e l'irretroattività della legge sfavorevole in materia di benefici penitenziari (dell'effetto di precedente e di quello di giudicato di Corte cost. 4 luglio 2006, n. 257 e 16 marzo 2007, n. 79)*, in *Foro It.*, 2007, I, 2330 ss.; C. CESARI, *Un nuovo esercizio di equilibrio della Consulta nel perenne confronto tra rieducazione ed emergenza*, in *Giur. Cost.*, 2007, 772 ss.; L. DEGL'INNOCENTI- F. FALDI, *Benefici penitenziari: divieto normativo di accesso per i recidivi reiterati e condannati per evasione*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2007, 1596 ss.; F. FIORENTIN, *Legge "ex-Cirielli" e ordinamento penitenziario*

scandita secondo un graduale tragitto unitario e plasmata sulla specifica condotta del detenuto, dovrebbe sempre operare una «biunivoca correlazione fra la progressione del trattamento rieducativo e la risposta che egli ottiene sul piano comportamentale»⁶⁶: come qualsiasi regresso giustifica un riadeguamento del percorso rieducativo, così «all'inverso, il maturarsi di positive esperienze non potrà non generare un ulteriore passaggio nella "scala" degli istituti di risocializzazione»⁶⁷. Così dovrebbe essere. Così, però, non accade⁶⁸.

6. Le sue più recenti erosioni: le sentenze costituzionali nn. 239/2014 e 76/2017 (e una loro lettura alternativa)

Ammaestrati da una simile giurisprudenza, i magistrati di sorveglianza hanno preferito ripiegare su censure a vari aspetti specifici della disciplina di cui all'art. 4-bis ord. penit., raccogliendo anche qualche successo. È accaduto di recente con due sentenze di accoglimento: le nn. 239/2014⁶⁹ e 76/2017⁷⁰, ambedue incidenti – in via diretta e consequenziale – sull'ambito di applicazione della detenzione domiciliare speciale e

rinforzato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena, in Cass. Pen., 2007, 3576 ss.; ID., *Torna alla discrezionalità del giudice la verifica sul grado di rieducazione*, in Guida al Dir., 2007, n. 14, 61 ss.

⁶⁶ C. FIORIO, *Brevi note sull'ennesimo vaglio di costituzionalità dell'art. 4-bis ord. penit.*, in Giur. Cost., 1997, 3942.

⁶⁷ È la condivisibile affermazione di principio che si legge nella sent. n. 445/1997, punto 2, *considerato in diritto*.

⁶⁸ Ciò, peraltro, entra in rotta di collisione con «il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo»: così la fondamentale sent. n. 204/1974, annotata da A. PIZZORUSSO, *Osservazione a Corte cost., sent. 4 luglio 1974, n. 204*, in Foro It., 1974, I, 2576 s.; P.M. CORSO, *La liberazione condizionale dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in Giur. Cost., 1974, 3525 ss.; G. LA GRECA, *La liberazione condizionale fra Corte costituzionale e legislatore*, ivi, 1974, 2147 ss.; G. VASSALLI, *La liberazione condizionale dall'amministrazione alla giurisdizione*, ivi, 1974, 3523 ss. Per il seguito giurisprudenziale e legislativo del relativo giudicato costituzionale, cfr. P.M. CORSO, *Riforma e controriforma in tema di liberazione condizionale*, in Foro It., 1975, V, 141 ss.; E. FASSONE, *La liberazione condizionale dalla sentenza costituzionale n. 204 del 1974 alla l. 12 febbraio 1975, n. 6: incertezze risolte e dubbi rimasti*, in Giur. It., 1975, II, 569 ss.; G. ICHINO, *Brevi considerazioni sulla competenza in tema di liberazione condizionale, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 43 disc. att. c.p.p.*, in Riv. Pen., 1975, 807 ss.; S. PATANÈ, *Giudice competente e procedimento per la concessione della liberazione condizionale dopo la sentenza 4 luglio 1974, n. 204, della Corte costituzionale*, in Giust. Pen., 1975, III, 247 ss.

⁶⁹ Sulla quale cfr. le letture di A.M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit., a imporre la regola di giudizio*, in Arc. Pen., 2014, fasc. 3, 1 ss.; F. CASSIBA, *La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni e compie un'incursione sul diritto vivente*, ivi, 2014, fasc. 1, 1 ss.; M.T. TRAPASSO, *Osservazioni a prima lettura*, ivi, 2014, fasc. 3, 1 ss.; F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4-bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in DPC, 27 ottobre 2014; L. PACE, *La "scura della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in Giur. Cost., 2014, 3948 ss.; F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, ivi, 2014, 3940 ss.

⁷⁰ Annotata da G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in DPC, 8 maggio 2017; L. PACE, *Premminente interesse del minore e automatismi preclusivi cit.*

ordinaria, benefici che l'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. precludeva automaticamente alle detenute madri di prole di età pari o inferiore a dieci anni, se condannate per un reato "ostativo".

La *ratio decidendi* di entrambe le pronunce mette a valore il parametro dell'art. 31, comma 2, Cost. e le pertinenti previsioni internazionali, espressivi del preminente interesse del minore a una relazione genitoriale finalizzata a un suo equilibrato sviluppo fisio-psichico. Far soccombere *ex lege* tale interesse in nome delle esigenze di contrasto alla criminalità organizzata, traslando sul minore sia le conseguenze delle attività delittuose della madre che la sua scelta di non collaborare con la giustizia, dando così origine al fenomeno della "carcerizzazione degli infanti"⁷¹, è per il Giudice delle leggi un'opzione normativa incostituzionale. Ciò obbliga a relativizzare l'originaria, insuperabile preclusione. Infatti, come ha cura di precisare la Corte in entrambe le sue pronunce, l'accesso della madre alle modalità agevolate di espiazione della pena resta subordinata alla verifica in concreto, affidata al magistrato di sorveglianza, delle ragioni che - nella situazione specifica sottoposta al suo giudizio - orientano il bilanciamento a favore ora dell'elevato rango dell'interesse del minore, ora delle contrapposte esigenze di sicurezza collettiva.

Secondo la lettura prevalsa in dottrina, sarebbe la specialità del parametro costituzionale invocato e utilizzato dalla Corte (che "assorbe" tutti gli altri prospettati dai giudici *a quibus*) a giustificare la crepa così provocata nel monolite dell'art. 4-*bis* ord. penit.⁷². Ma fuori dall'orbita dell'art. 31, comma 2, Cost., il regime dell'ostatività ai benefici penitenziali si confermerebbe regola legittima nel sistema carcerario degli adulti: «non essendo per essi invocabile l'art. 31, comma 2, Cost., restano verosimilmente affidati a un legislatore ordinario che può, in singoli casi, subordinare la finalità rieducativa della pena ad esigenze diverse la cui tutela sia ritenuta preponderante»⁷³.

⁷¹ Condizione esistenziale drammatica, alla quale R. POSTORINO, *Il corpo docile*, Einaudi, 2013, ha dedicato un dolente e intenso romanzo, di cui si raccomanda la lettura.

⁷² In linea peraltro con altri precedenti in cui la Corte ha censurato norme, penali o penitenziarie, rispondenti ad una rigida logica di equiparazione dell'esecuzione penale dei minori a quella degli adulti: sentt. n. 168/1994 (cfr. E. GALLO, *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, in *Giur. Cost.*, 1994, 1267 ss.; G. GEMMA, *Pena dell'ergastolo per i minorenni: davvero incostituzionale?*, ivi, 1994, 1271 ss.), n. 109/1997 (cfr. I. MASSA PINTO, *Principio di ragionevolezza e bilanciamento degli interessi tra attività legislativa e attività giurisdizionale nella sent. n. 109 del 1997* in *Giur. It.*, 1997, I, 489 ss.; P. PAZÈ, *Misure alternative sempre possibili per i minorenni condannati*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1997, 824 ss.; G. RANALDI, *Diversificare l'esecuzione penale per gli adulti dall'esecuzione penale per i minori: un'esigenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1997, 2020 ss.) e n. 403/1997 (cfr. M. BOUCHARD, *La parificazione al trattamento degli adulti configge con la finalità rieducativa della pena*, in *Guida al Dir.*, 1998, n. 2, 77; G. LA GRECA, *Preclusioni automatiche di alternative alla detenzione: problemi di costituzionalità per adulti e per minorenni*, in *Foro It.*, 1998, I, 981 ss.), n. 16/1998 (cfr. L. CONCAS, *Reati minorili e condizioni ostative alla sostituzione della pena detentiva*, in *Riv. Giur. Sarda*, 1998, 500 ss.; P. PITTARO, *Misure penali sostitutive e imputati minorenni*, in *Fam. e Dir.*, 1998, 305 ss.; P. VENTURA, *Imputato minorenne e sanzioni sostitutive*, in *Giur. Cost.*, 1998, 87 ss.), n. 324/1998 (cfr. M. NUNZIATA, *È incostituzionale il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario per i minorenni*, in *Nuovo Dir.*, 1998, 704 ss.; L. TRICOMI, *La condizione del fanciullo è tutelata anche in caso di infermità mentale*, in *Guida al Dir.*, 1998, n. 32, 82 s.) e n. 450/1998.

Per una visione d'insieme della giurisprudenza costituzionale che intreccia finalismo della pena e tutela dei minori cfr. F. BAIO, *La scrittura delle sanzioni*, cit., 312 ss.

⁷³ C. CESARI, *Flessibilità della pena e condannati minorenni: l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-quater ord. pen.*, in *Cass. Pen.*, 2000, 2567. In verità, l'enfasi sulle peculiarità dell'art. 31, comma 2, Cost. ne assolutizza

È possibile, invece, dare delle sentt. nn. 239/2014 e 76/2017 una lettura alternativa e più radicale, se solo si compie lo sforzo di collocarle all'interno di un contesto più ampio: quello delle autentiche e più profonde dinamiche costituzionali messe in moto da ogni preclusione legislativa che amputi la discrezionalità giudiziale⁷⁴.

Come carabinieri, nel campo del diritto punitivo presunzioni di pericolosità e automatismi legislativi viaggiano sempre in coppia, con un obiettivo preciso: escludere che qualcuno possa – nel momento dell'applicazione della norma – intralciare gli obiettivi di politica criminale perseguiti dal legislatore. Quel *qualcuno* ha un nome e cognome precisi: si chiama giudice (dell'indagine preliminare, del riesame, della cognizione, di sorveglianza). È lui che, nella sussunzione del caso alla norma, potrebbe calibrare diversamente il comando legislativo: ad esempio, concedendo una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere o applicando una misura di sicurezza non detentiva o riconoscendo al detenuto un beneficio penitenziario che – in omaggio al *totem* della «tolleranza zero» e al *tabù* della paura socialmente percepita – si preferirebbe non fosse concesso. L'opzione del legislatore, securitaria e punitiva, ne uscirebbe frustrata. Meglio, allora, ingabbiare il giudice entro un meccanismo ostativo fondato su presunzioni legali assolute, negandogli così in misura indiscriminata e totale ogni verifica di adeguatezza della risposta detentiva al fatto concreto.

Così disponendo, però, è la *funzione giurisdizionale a essere vanificata*. Attraverso il meccanismo dell'automatismo legislativo, infatti, la riserva di giurisdizione è interamente assorbita nella riserva alla legge, svuotandosi di autonomo significato e perdendo la propria funzione di garanzia imposta dall'*habeas corpus* dell'art. 13 Cost.. In ragione di ciò, l'opzione per l'automatismo legislativo è – a un tempo – metodo e merito, forma e sostanza, mezzo e fine⁷⁵.

Viene così ad emersione il difetto strutturale intrinseco ad ogni regime ostativo, specialmente nella materia dei benefici penitenziari, dove è criterio «*costituzionalmente*

erroneamente il raggio d'azione, dimenticando che – come ben argomentato nella recente sent. n. 17/2017 - l'elevato interesse del minore «non lo sottrae in assoluto ad un possibile bilanciamento con interessi contrapposti, pure di rilievo costituzionale, quali sono certamente quelli di difesa sociale». Per un commento alla sent. n. 17/2017 vedi E. ANDOLFATTO, *Custodia cautelare in carcere ed esigenze di tutela dei figli minori: la sentenza della Corte costituzionale sull'art. 275, comma IV, c.p.p.*, in DPC, 3 marzo 2017. Sulle peculiarità del «prevalente interesse» del minore, moderno *abracadabra* abusato in sede giurisprudenziale (anche costituzionale), vedi le pertinenti critiche – innanzitutto semantiche - di E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 77 ss..

⁷⁴ Si recupera nel seguito del testo la tesi di fondo già svolta in altra occasione (cui si rimanda per ulteriori approfondimenti): A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da quaestiones: a proposito di automatismi legislativi*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa, 15 dicembre 2016), Torino, in corso di pubblicazione.

⁷⁵ In un significativo rovesciamento di ruoli, più degli stessi giudici se ne accorgono bene gli ergastolani ostativi del carcere di Voghera, nella loro lettera-appello rivolta al CPT: «a nostro modesto parere tale preclusione appare offensiva nei riguardi della stessa magistratura di sorveglianza in quanto, avendo sottratto alla stessa l'attribuzione giurisdizionale, si ha l'impressione di un atto di sfiducia verso la magistratura e questo, in uno Stato di diritto, non dovrebbe avere dimora»: cfr. *Appello al CPT sull'ergastolo ostativo dai detenuti di Voghera*, in *Ristretti orizzonti*, 22 settembre 2016. Sulla deresponsabilizzante tendenza, presente in settori della magistratura, a farsi scudo degli automatismi legislativi, vanno lette (e condivise) le abrasive considerazioni di G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta*, cit., 62.

vincolante» quello di escludere «rigidi automatismi normativi», richiedendosi che «sia resa possibile invece una valutazione individualizzata e caso per caso»⁷⁶: demansionato il giudice dal suo specifico ruolo istituzionale, è la funzione giurisdizionale a uscirne sempre denegata. Tradotto nel linguaggio della giustizia costituzionale, ciò significa che dietro la forma di un incidente di costituzionalità, avente ad oggetto un automatismo legislativo, si cela la sostanza di un conflitto di attribuzioni da menomazione tra poteri, giudiziario e legislativo.

Un conflitto mascherato da *quaestio*, dunque. È un'ipotesi ricostruttiva che trova conferma nell'esito di tali dissimulati conflitti: disarticolando l'automatismo normativo, la Corte costituzionale restituisce al giudice ciò che il legislatore gli aveva sottratto, cioè l'apprezzamento caso per caso. E lo fa, di regola, pronunciando una sentenza additiva per *deficit* di flessibilità, attraverso la quale reintegra l'autorità giurisdizionale nell'esercizio della sua funzione costituzionale⁷⁷. In questa prospettiva, i vizi di merito specificamente imputati al meccanismo preclusivo non sono la *causa* dell'incostituzionalità, semmai il suo *effetto*. È quanto, ad esempio, accaduto proprio nelle sentt. nn. 239/2014 e 76/2017, dove la violazione dell'art. 31, comma 2, Cost. nasce esattamente dal «mancato coinvolgimento del giudice, poiché da ciò deriva la lesione [dell'interesse] del minore»⁷⁸. Se davanti alla Corte costituzionale il parametro invocato non è la violazione della riserva di giurisdizione ma un altro (nei due casi in esame la lesione all'interesse prevalente del minore, in altri l'intrinseca irragionevolezza dell'automatismo legislativo, la vanificazione della funzione rieducativa della pena, la sproporzione tra reato e sanzione, il trattamento uguale di situazioni diverse, *et similia*), è proprio perché il conflitto si traveste da *quaestio*. È noto, infatti, che una lite interorganica da atto legislativo «ha carattere solo sussidiario e suppletivo, rispetto al rimedio preferenziale del giudizio incidentale»⁷⁹: quindi, «di norma» (sent. n. 457/1999), risulta precluso ai giudici⁸⁰. I quali, dunque, si regolano di conseguenza, preferendo giocare la carta più sicura della *quaestio* e tenendo coperta quella del ricorso per conflitto. E così, come quinte di un teatro, a Palazzo della Consulta va in scena uno spettacolo in cui nulla è falso, ma tutto è finto.

⁷⁶ Sent. n. 436/1999, punto 4, *considerato in diritto*.

⁷⁷ La denominazione adoperata per tale tecnica decisoria si deve a C. SALAZAR, «Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali», in A. RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000, 279. Altri preferiscono parlare di «additive di regola a valenza sostitutiva» (così M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 2, 3). È opportuno precisare che, per simili pronunce, solo in senso figurato può parlarsi di una «delega di bilanciamento in concreto» al giudice (cfr. R. BIN, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. Cost.*, 1991, 3575), perché in realtà «la Corte non delega alcunché, ma rimuove semplicemente una patologica situazione dall'ordinamento»: così L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, Tesi di dottorato, Università di Roma Tre, Scuola dottorale internazionale «Tullio Ascarelli», Sezione Sistemi punitivi e garanzie costituzionali, Area Diritto costituzionale, XXVIII ciclo (2013-2015), 162.

⁷⁸ L. PACE, *Premminente interesse del minore e automatismi preclusivi* cit.

⁷⁹ A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 292.

⁸⁰ Cfr., *ex plurimis*, le decisioni nn. 73 e 278/1997, 398/1999, 211/2000, 422/2002, 195 e 343/2003, 384/2005 e 1/2009; per una rilettura critica di tale giurisprudenza vedi, tuttavia, A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003, 406-419.

In tal modo reinterpretate, le recenti sentt. nn. 239/2014 e 76/2017 non sono il segnale di una mera erosione periferica dell'art. 4-*bis* ord. penit. Al contrario, indicano il punto di cedimento strutturale del suo regime ostativo, il cui epicentro va individuato esattamente nella *illegittima pretesa del legislatore della punizione di poter fare a meno del giudice dell'esecuzione penale*. A ciascuno il suo⁸¹. Se la Corte costituzionale, anche in futuro, si ispirasse a tale *ratio decidendi*, potrebbe agire – come uno schiacciasassi - più di quanto faccia già oggi sulle tante, troppe preclusioni legislative che, specialmente in ambito penitenziario, contribuiscono a deformare «il volto costituzionale del sistema penale»⁸². Il loro vizio, infatti, è *ab origine*, indipendentemente dal settore ordinamentale che le contempla e dai parametri specifici volta per volta invocati dai giudici *a quibus*.

7. C'è un giudice a Venezia: l'art. 58-*quater*, comma 4, ord. penit. finalmente a giudizio della Corte costituzionale

Un importante banco di prova per misurare la coerenza della giurisprudenza costituzionale su questi temi è ora offerto alla Consulta dall'ordinanza di rinvio promossa il 28 aprile 2017 dal Tribunale di sorveglianza di Venezia⁸³. Con essa si dubita della legittimità dell'art. 58-*quater*, comma 4, ord. penit., nella parte in cui prevede che l'ergastolano condannato per il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), nell'ipotesi di morte dell'ostaggio, non sia ammesso ad alcuno dei benefici penitenziari indicati nell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., prima di aver effettivamente espiato almeno 26 anni di pena⁸⁴.

La disposizione impugnata è responsabile di un'autentica iperbole sanzionatoria, tale da generare un'ennesima variante dell'ergastolo. Il sequestro di persona a scopo di estorsione, infatti, è già incluso tra i reati assolutamente ostativi di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit.. Ma, se aggravato dalla morte dell'ostaggio (art. 630, comma 3, c.p.), comporta un trattamento penitenziario ulteriormente peggiorativo: [1] la soglia temporale minima per essere ammessi a uno qualunque dei benefici indicati nell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., è elevata a 26 anni; [2] i 26 anni di detenzione devono essere espiati «*effettivamente*», cioè senza riduzioni di pena a titolo di liberazione anticipata⁸⁵; [3] la scelta di collaborare utilmente

⁸¹ Ecco perché sugli automatismi legislativi «si gioca una partita decisiva per comprendere fino in fondo il destino del potere giudiziario e la coerenza degli ordinamenti che professano di basarsi sulla separazione dei poteri» (D. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte di Strasburgo*, in *Studium Iuris*, 2017, fasc. 9, 977, nota 23).

⁸² L'espressione compare, per la prima volta, nella sent. n. 50/1980, punto 4, *considerato in diritto*.

⁸³ Iscritta al n. 119 del r.o. del 2017 e pubblicata in G.U., I Serie speciale, n. 38 del 20 settembre 2017.

⁸⁴ L'art. 58-*quater* ord. penit. è stato introdotto dall'art. 1, comma 6, l. 12 luglio 1991, n. 203, «per sanzionare la scarsa affidabilità del condannato responsabile di condotte negative «emblematiche»» (M. LO GIUDICE, *Limiti e condizioni di accesso ai benefici penitenziari*, cit., 392); per una ricostruzione della sua genesi e delle conseguenti problematiche cfr. C. CESARI, *sub art. 58-*quater**, in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA (a cura di) *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 732 ss.

⁸⁵ È opportuno precisare che, trattandosi di divieto temporaneo, allo scadere del termine di 26 anni, il detenuto potrà comunque beneficiare della riduzione di pena, ex art. 54 ord. penit., per l'intero periodo di

con la giustizia - indispensabile per uscire dal regime altrimenti ostativo dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. - è irrilevante rispetto alla rigidità contabile dell'art. 58-quater, comma 4, ord. penit.

Siamo in presenza – afferma, non a torto, il giudice *a quo* – di una «*ultra-eccezione*» rispetto a un regime già speciale⁸⁶. La preclusione, «troppo draconiana»⁸⁷, che si rinviene nella norma denunciata è sicuramente in contrasto con i principi di ragionevolezza, proporzionalità, individualizzazione, risocializzazione della pena, oltre a rappresentare un caso emblematico di espropriazione (di durata superiore al quarto di secolo), a danno del giudice di sorveglianza, della sua funzione istituzionale.

Accade così – è il caso che dà origine alla *quaestio* – che un condannato all'ergastolo ostativo per il reato aggravato dell'art. 630, comma 3, c.p., successivamente “declassificato” tra gli ergastolani comuni in ragione della riconosciuta collaborazione impossibile (ex art. 58-ter, ord. penit.), dopo quasi 23 anni di detenzione avanzi richiesta al giudice di sorveglianza di essere ammesso alla misura della semilibertà. Qualunque altro ergastolano condannato per un diverso reato, nelle stesse condizioni, otterrebbe quanto richiesto: il regime ostativo è venuto meno; la soglia temporale per accedere alla semilibertà (pari a 20 anni di detenzione, ex art. 50, comma 5, ord. penit.) è superata; la meritevolezza soggettiva e le condizioni oggettive per la sua concessione sono agli atti. E invece: in ragione del suo rigido automatismo temporale, «*la disposizione dell'art. 58-quater, comma 4, ord. penit., si pone ipso facto quale ostacolo normativo alla concessione della misura invocata dal condannato*». Da qui la rilevanza della *quaestio*.

Quanto alla non manifesta infondatezza – una volta argomentata l'inesistenza di uno spazio ermeneutico per una lettura costituzionalmente orientata della disposizione impugnata, che il giudice *a quo* considera impedita dall'inflessibilità della sua soglia temporale – i profili di illegittimità prospettati ruotano attorno alla violazione degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. Eccoli, razionalmente ordinati:

[1] Il disvalore *in astratto* del reato di sequestro di persona a scopo di estorsione aggravato dalla morte dell'ostaggio equivale a quello di altri reati egualmente puniti con la pena dell'ergastolo. Eppure solo la condotta di cui all'art. 630, comma 3, c.p. subisce l'inasprimento trattamentale qui criticato, in violazione del principio di eguaglianza formale.

[2] Il disvalore *in concreto* del reato di sequestro di persona a scopo di estorsione aggravato dalla morte dell'ostaggio non testimonia, in chiave criminologica, un “tipo di autore” peggiore perché più pericoloso di chi ha commesso altri reati egualmente ricompresi

detenzione sofferto: cfr. F.P.C. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata. Brevi note sul d.l. 13 maggio 1991, n. 152 convertito, con modificazioni, in legge 12 luglio 1991, n. 203*, in *Cass. Pen.*, 1992, 442.

⁸⁶ Di più: trattandosi di reato assolutamente ostativo, il condannato per il delitto di cui all'art. 630 c.p. può essere sottoposto anche al regime c.d. di carcere duro applicabile a tutti i soggetti individuati dall'art. 4-bis, ord. penit. Così le restrizioni dell'art. 58-quater si cumulano potenzialmente anche con quelle previste dall'art. 41-bis, ord. penit.: cfr. M. RONCO, *Il significato*, cit., 145.

⁸⁷ F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della “scommessa” anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del “doppio binario”*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 114.

- o riconducibili - al catalogo dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit.⁸⁸. Eppure tutti questi fuoriescono dall'ambito dell'art. 58-*quater*, comma 4, ord. penit., applicabile solo al primo, in violazione del principio di eguaglianza sostanziale perché scelta selettiva priva di fondamento nell'*id quod plerumque accidit*.

[3] È irrazionale, rispetto alla finalità rieducativa della pena, allineare ad una medesima (ed elevatissima) soglia temporale il presupposto per la concessione di benefici penitenziari *«aventi finalità e portata diverse tra loro e tradizionalmente preordinati a costituire una scala di gradualità nell'opera di rieducazione del condannato»*.

[4] Allo stesso modo è irrazionale, rispetto al finalismo costituzionale della pena, che l'ergastolano condannato per il reato aggravato di cui all'art. 630, comma 3, c.p. possa attingere ad un permesso-premio di qualche ora, cioè ad un breve sorso di libertà, mentre un qualunque altro ergastolano comune *«già alla medesima soglia di pena – anzi, quella risultante anche dal computo della liberazione anticipata – [...] possa accedere addirittura alla liberazione condizionale»* che lo disseta completamente.

[5] Poiché 26 anni equivalgono a poco meno di un terzo della vita media di un uomo, il presupposto temporale fissato dal legislatore *«denota l'esclusivo scopo della prevalenza assoluta delle esigenze di punizione e di prevenzione sociale su quelle di recupero dei condannati»*, in violazione dell'orizzonte costituzionale della pena⁸⁹.

[6] Da ultimo, *«il rigido automatismo»* imposto dalla disposizione impugnata *«esclude in radice una valutazione individualizzata caso per caso, obliterando del tutto l'attuazione dello scopo rieducativo della pena»*.

Ciò che viene richiesto alla Corte non è un intervento manipolativo (per il quale non esisterebbero le condizioni di ammissibilità, in ragione delle possibili varianti normative rimesse alla discrezionalità legislativa). Si mira, semmai, a un intervento ablativo della parte di disposizione impugnata, con conseguente riassorbimento della relativa ipotesi delittuosa nel regime (già speciale) dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. La declaratoria d'incostituzionalità, dunque, non metterebbe in pericolo le esigenze di prevenzione che avevano indotto il legislatore ad introdurre l'ipotesi normativa caducata⁹⁰: all'ergastolano condannato per il reato aggravato di cui all'art. 630, comma 3, c.p., l'accesso ai benefici penitenziari verrebbe affidato al prudente apprezzamento del giudice di sorveglianza, nel quadro del complesso ed articolato regime ostativo dell'art. 4-*bis* comma 1, ord. penit., che subordina la loro eventuale concessione all'utile - ancorché esigibile - collaborazione con la giustizia e all'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la

⁸⁸ Tra gli esempi addotti dal giudice *a quo*, particolarmente persuasivo è quello del delitto di strage (art. 422 c.p.) che, in quanto tale, non è incluso nell'elenco dell'art. 4-*bis* ord. penit., potendovi rientrare solo se a connotazione mafiosa ai sensi dell'aggravante dell'art. 7, l. n. 152 del 1991.

⁸⁹ Emerge qui un problema non estraneo ad altri ordinamenti europei che contemplano soglie temporali ancor più elevate perché il detenuto possa accedere alla *parole*: vedi, *infra*, §10.

⁹⁰ Sulla natura emergenziale del reato di cui all'art. 630 c.p., come anche sulla possibilità di qualificare sotto la sua fattispecie episodi marcatamente dissimili sul piano criminologico e quanto a tasso di disvalore, cfr. la sent. n. 68/2012 che ne dichiara l'illegittimità costituzionale *«nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di live entità»*.

criminalità organizzata, oltre che – ovviamente – alla presenza dei requisiti temporali e di meritevolezza stabiliti dalla legge per ciascun beneficio penitenziario richiesto⁹¹.

La *quaestio* ha carattere inedito, anche se l'art. 58-*quater* ord. penit. non è affatto sconosciuto alla giurisprudenza costituzionale. La Corte, infatti, è stata più volte chiamata a pronunciarsi sugli altri suoi commi, che presentano – in solido con il comma 4 ora impugnato – il comune effetto di vietare temporaneamente la concessione di benefici penitenziari a detenuti immeritevoli, perchè condannati per determinati reati o recidivi o resisi responsabili di condotte incompatibili con la prosecuzione della misura alternativa precedentemente concessa⁹². Ne è nata una giurisprudenza copiosa⁹³ e, spesso, ortopedica: ad esempio, laddove la Corte ha escluso l'applicabilità ai minorenni della norma sindacata⁹⁴ o la sua operatività retroattiva⁹⁵ o quando ha scardinato la sua apparente inderogabilità facendo leva su un'esegesi costituzionalmente orientata «basata sull'ineliminabile funzione rieducativa della pena»⁹⁶.

Ora ad essere chiamato in giudizio è il comma 4, con tutto il suo carico simbolico: infatti - come osserva il giudice *a quo* veneziano - «*sul piano generale, l'art. 58-quater, comma 4, ord. penit., costituisce di per sé l'emblema del disegno normativo ispirato ad una rigida filosofia restrittiva e massimamente retributiva dell'esecuzione delle sanzioni penali, a discapito delle logiche risocializzanti, e stenta a trovare ragioni giustificative in uno scenario costituzionale che debba fondarsi sul rispetto di tale logica*».

L'iniziativa del Tribunale di sorveglianza di Venezia veicola così a Palazzo della Consulta, per la prima volta, dubbi di costituzionalità già presenti nella riflessione dottrinale sul «*black out*» trattamentale⁹⁷ provocato dall' art. 58-*quater*, ord. penit.: [1] il suo carattere «marcatamente ed esclusivamente retributivo, comunque elusivo del dettato costituzionale di

⁹¹ Anche se non richiesta (per irrilevanza processuale della relativa norma) né suggerita, non è da escludersi – in caso di accoglimento della *quaestio* principale - una dichiarazione d'illegittimità consequenziale dell'art. 58-*quater*, comma 4, ord. penit., nella (residua) parte in cui include nel proprio ambito di applicazione anche il reato di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione aggravato dalla morte dell'ostaggio (art. 289-*bis* c.p.). Se davvero la Corte costituzionale così decidesse, verrebbe espunto dall'ordinamento – in base ad una comune *ratio decidendi* – l'intero comma 4 della disposizione impugnata.

⁹² Comune l'effetto e la rigidità dei relativi meccanismi, diversa è però la *ratio*: nelle ipotesi di detenuti condannati per i delitti aggravati di cui agli artt. 289-*bis* e 630 c.p. (comma 4) come nell'ipotesi di condannati recidivi (comma 7-*bis*), il divieto di concessione dei benefici ha un significato schiettamente sanzionatorio e special-preventivo; in tutte le altre ipotesi (commi 1, 2, 5), attraverso la minaccia del divieto, si tende comunque a responsabilizzare il detenuto, conservando in qualche modo la previsione legislativa entro l'orizzonte rieducativo dell'esecuzione penale.

⁹³ Cfr. le decisioni nn. 181/1996, 436/1999, 289/2002, 87/2004, 79 e 219/2007, 35/2008, 189 e 291/2010.

⁹⁴ Sent. n. 436/1999, annotata da C. CESARI, *Flessibilità della pena e condannati minorenni*, cit., 2557; P. PITTARO, *Ordinamento penitenziario e condannati minorenni: inerzie legislative ed interventi della Consulta*, in *Giur. Cost.*, 2000, 1069 ss.; C. SANTORIELLO, *Verso la totale autonomia di un diritto penitenziario per i minorenni*, ivi, 2000, 548 ss..

⁹⁵ Sent. n. 79/2007.

⁹⁶ Sent. n. 189/2010, punto 2.1, *considerato in diritto*; vedi anche l'ord. n. 87/2004 e la sent. n. 291/2010, sulla quale cfr. F. FIORENTIN-L. DELLI PRISCOLI, «Tre colpi e sei fuori»: una regola incompatibile con la finalità rieducativa della pena, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, 1879 ss.; M. TROGU, *Il reato aggravato dalla recidiva come reato ostativo alla concessione dei benefici penitenziari*, in *Giust. Pen.*, 2011, I, 114 ss.

⁹⁷ L'espressione è di C. CESARI, *Flessibilità della pena e condannati minorenni*, cit., 2559.

cui all'art. 27, comma 3, Cost.»⁹⁸; [2] la sua inusitata severità nell'escludere per periodi così lunghi qualunque rilievo a possibili evoluzioni nella personalità del condannato, eludendo in tal modo il criterio di individualizzazione del programma trattamentale⁹⁹; [3] l'allineamento, tanto ingiustificato quanto eccessivo, della soglia temporale di accesso a istituti rieducativi diversi e gradualisticamente preordinati, in violazione anche dell'art. 3 Cost.¹⁰⁰; [4] la sua «forte valenza afflittiva e sanzionatoria»¹⁰¹, che «palesa una chiara *ratio* di stampo punitivo»¹⁰² correlata all'allarme sociale provocato da specifici delitti, traducendosi in un sostanziale aggravio di pena rispetto alla relativa dosimetria legislativa; [5] la sua irragionevolezza per l'irrelevanza di eventuali condotte collaborative, con conseguente trattamento eguale di situazioni diseguali¹⁰³; [6] l'inevitabile dubbio di arbitrarietà per aver collegato il divieto pluriventicinquennale alla condanna per due reati efferati, all'evidente fine di prevenirne gli esiti più tragici, ma non «ad altre, pur immaginabili, ipotesi di delitti crudeli, che vi restano estranee»¹⁰⁴. Da qui la convinzione di una sua incompatibilità costituzionale e l'auspicio di una sua integrale soppressione per via legislativa¹⁰⁵. La parola è ora ai giudici di Palazzo della Consulta.

8. C'è un giudice a Strasburgo: l'ergastolo ostativo finalmente a giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo (caso *Viola v. Italia*)

Come anticipato, anche sul fronte continentale – per la precisione, sul versante del Consiglio d'Europa – si registrano importanti novità in tema di automatismi legislativi e preclusioni penitenziarie nei confronti dei condannati al carcere a vita.

Finora, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo – che, a torto o a ragione, si considera «*Maison de la Liberté*», incarnazione moderna del giudice immaginato dal

⁹⁸ B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, fasc. 3, 144. Sulla stessa lunghezza d'onda vedi anche C. BRUNETTI-M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2004, 438; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 109; R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2013, 197.

⁹⁹ Cfr. F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit. 114.

¹⁰⁰ Cfr. M. CANEPA-S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 511.

¹⁰¹ L. CESARI, *Commento a Tribunale di sorveglianza di Trieste, Ord. 14 novembre 2000*, in *Dir. crim. e penit.*, 2000, 444.

¹⁰² G. CASAROLI, *Misure alternative alla detenzione*, in *Dig. Discipl. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 31.

¹⁰³ Cfr. C. CESARI, *Flessibilità della pena e condannati minorenni*, cit., 2570, nota 45; D. MANZIONE, *Una normativa "d'emergenza" per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (D.L. 152/91 e L. 203/91): uno sguardo d'insieme*, in *Legisl. Pen.*, 1992, 859-860.

¹⁰⁴ C. CESARI, *Flessibilità della pena e condannati minorenni*, cit., 2570.

¹⁰⁵ Per la tesi dell'incostituzionalità dell'art. 58-*quater*, comma 4, ord. penit., si schierano anche settori della dottrina penale tradizionalmente prudenti in tema di pene massime: cfr. A. BERNARDI, *L'orribile necessario. Umanizzare l'ergastolo, ma mantenerlo nel sistema penale*, in F. CORLEONE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, 2012, 92-94 e 110. Per la proposta di una sua abrogazione si pronunciano M. BORTOLATO (p. 157) e C. CESARI (p. 160), in G. GIOSTRA (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma*, in *DPC*, 17 giugno 2015, cui *adde* F. FIORENTIN (168), C. FIORIO (170) e F. GIANFILIPPO (186), in G. GIOSTRA-P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, cit.

mugnaio di Postdam, trasferitosi da Berlino a Strasburgo¹⁰⁶ – non si è mai pronunciata sulla compatibilità convenzionale dell'ergastolo ostativo. Il rapporto tra sentenze sul carcere duro ex art. 41-*bis* ord. penit. e sull'ergastolo ostativo ex art. 4-*bis* ord. penit. è inversamente proporzionale: molte le prime – espressione di orientamenti “granitici”¹⁰⁷ suscettibili però di significativi sviluppi¹⁰⁸ – zero le seconde¹⁰⁹. Eppure esistono matrici comuni tra carcere duro ed ergastolo ostativo: una storica, visto che nascono insieme¹¹⁰; una giuridica, dato che *de jure* possono cumularsi e *de facto* questo avviene (oggi) una volta ogni quattro¹¹¹; una politico-criminale, poiché incentivano alla collaborazione con la giustizia¹¹².

È quindi da salutare positivamente il recente approdo dell'ergastolo ostativo al *Palais de droit de l'homme*. Il 12 dicembre 2016 è stato presentato il ricorso *Viola v. Italia*, n. 77633/16 e la I Sezione, il 30 maggio 2017, ha comunicato il caso al Governo, con la formulazione alle parti di quattro quesiti, sui quali torneremo¹¹³. I soli cinque mesi che separano la presentazione dalla comunicazione del ricorso sembrano indicare che la Corte

¹⁰⁶ Il Consiglio d'Europa è «*par excellence Maison de la Liberté*»: cfr. K. VASAK, *Préface*, in *La perpétuité perpétuelle. Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Sous la direction de Y. Lécuyer, Rennes, 2012, 11. Per fortuna, la Corte ha (almeno) modificato la procedura in sede di inammissibilità dei ricorsi: cfr. D. GALLIANI, G. UBERTIS, *Novità da Strasburgo: il giudice unico e la motivazione di irricevibilità*, in *laCostituzione.info*, 5 giugno 2017, poi anche in *DPC*, 8 giugno 2017.

¹⁰⁷ Cfr. F. CASSIBBA-A. COLELLA, *Art. 3. Proibizione della tortura*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, (a cura di) G. Ubertis, F. Viganò, Torino, 2016, 77.

¹⁰⁸ Cfr. A. DELLA BELLA, *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.*, Milano, 2016, 338 ss., ove si attribuisce importanza alla durata *in sé* del carcere duro. Tema comune all'ergastolo, come dimostrano le opinioni dissenzienti in *Léger v. Francia*, sia della II Sez. (11.4.2006) sia della G.C. (30.3.2009): al momento della sentenza della Sezione, l'ergastolano, ancorché avesse potuto domandare (senza esito positivo) la condizionale, era detenuto da 41 anni. Altro tema rilevante (e connesso) è il «dopo pena» per gli ex ergastolani: cfr. C.A. APPLETON, *Life after Life Imprisonment*, Oxford, 2010, un libro prezioso e unico, per il merito e per il metodo.

¹⁰⁹ Zero significa zero. In *Mastromatteo v. Italia*, G.C., 24.10.2002, dell'art. 4-*bis* ord. penit. è solo riportata l'esistenza (§ 47), mentre in *Pantano v. Italia*, I Sez., 6.11.2013, def. 6.2.2004, non è nemmeno mai nominato. La certezza sull'inesistenza di decisioni di inammissibilità, magari anche motivate, è (oggi) impossibile: cfr. D. GALLIANI, «*È più facile perdonare un nemico che un amico*». *La Corte europea dei diritti dell'uomo, la giusta giustizia, la giurisprudenza consolidata, l'ordinamento italiano*, in P. Pinto de Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, a cura e con un saggio di D. Galliani, prefazione di P. Bilancia, Torino, 2016, 15 ss.

¹¹⁰ È l'ostatività «versione II» a essere stata introdotta simultaneamente al carcere duro (d.l. n. 306 del 1992), non previsto invece nel d.l. n. 152 del 1991, che ha disciplinato l'ostatività «versione I». Oggi siamo di fronte a una «versione III» dell'ostatività: per quanto riguarda l'elenco di reati e per la collaborazione inesigibile, irrilevante, impossibile. Sull'evoluzione legislativa e giurisprudenziale, si veda l'*Amicus* allegato a questo scritto, in part. § 4.1.

¹¹¹ Al 10 giugno 2017, erano al carcere duro 730 persone. Di queste, 100 in attesa di giudizio, mentre 300 ergastolani (così D. Aliprandi su *il Dubbio* della stessa data, che riporta dati forniti al quotidiano dal DAP). Se al 30 settembre 2016 gli ergastolani ostativi erano 1.216 (su 1.678: vedi, *supra*, § 4), ciò significa che all'incirca il 25% degli ergastolani ostativi è oggi al carcere duro. Da tempo Andrea Pugiotto insiste su questo triplice schiacciamento cui è soggetto l'ergastolano ostativo, da ultimo in A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., 65, che proprio con questa riflessione apre il suo contributo.

¹¹² Per una rilevante presa di posizione, secondo la quale la scelta di collaborare *non* deriva dal regime carcerario ma da una predisposizione preesistente, si veda il (purtroppo solo) *resoconto sommario* dell'audizione di Roberto Piscitello, Direttore generale dei detenuti e del trattamento del DAP, tenutasi il 18 giugno 2014 presso la Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato. Ad ogni modo, Piscitello rileva che mancano i dati che mostrino il legame tra 41-*bis* e collaborazione, aggiungendo che sono maggiori i casi di collaboratori non sottoposti al regime del carcere duro.

¹¹³ Si veda, *infra*, § 10.

ha accordato la trattazione prioritaria e urgente, accogliendo l'esplicita richiesta presente nello stesso ricorso, motivata in riferimento alla condizione del ricorrente (detenuto, ergastolano) e alla natura strutturale del problema posto dall'istituto in esame (considerato che il 72,5% degli ergastolani italiani è ostativo)¹¹⁴.

Il caso *Viola* può essere così sintetizzato. Il detenuto è in carcere ininterrottamente dal 1992. Una prima volta, nel 1995, è stato condannato in primo grado a 15 anni di reclusione per associazione a delinquere di stampo mafioso, aggravata dalla qualità di promotore e organizzatore. Nel 1999, la sentenza è stata confermata in appello, ma la pena ridotta a 12 anni. In un secondo procedimento, invece, il ricorrente è stato condannato alla pena dell'ergastolo, poiché gli sono stati attribuiti anche reati di omicidio, con il riconoscimento delle aggravanti mafiose. In primo grado l'ergastolo è stato irrogato nel 1999, confermato in secondo grado nel 2002 e definitivo nel 2004. Ridotti all'osso, i numeri sono questi: la detenzione dura da 25 anni, il regime ostativo da 22, l'ergastolo ostativo da 18.

La persona si è sempre professata innocente. Nel 2011 e nel 2013 ha fatto richiesta di permesso premio, in entrambi i casi rigettata. Gli è stata invece riconosciuta, nel 2013, la liberazione anticipata, pari a circa 5 anni. Ma i fatti più rilevanti ai fini della nostra riflessione iniziano subito dopo.

Nel marzo 2015, il ricorrente domanda la condizionale al Tribunale di sorveglianza, confermando la professione di innocenza, la quale, a suo giudizio, impedisce la collaborazione con la giustizia, che andrebbe dichiarata inesigibile. Chiede anche – ed è questo un aspetto fondamentale – di sollevare questione di costituzionalità dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. per contrasto con la funzione rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.) e per violazione dell'art. 3 della Convenzione (assunto quale norma interposta ex art. 117, comma 1, Cost.). Ottiene una pronuncia di inammissibilità e di infondatezza, che conduce al rigetto dell'istanza: secondo i giudici, la professione di innocenza non ha rilievo nella fase esecutiva e, pertanto, per l'accesso alla condizionale, non erano soddisfatte le condizioni previste dall'art. 4-*bis*.

A questo punto propone ricorso in Cassazione, che si pronuncia nel marzo 2016. Anche questo giudice rigetta il ricorso e si rifiuta di sollevare la questione di costituzionalità¹¹⁵.

Esperiti infruttuosamente i ricorsi interni¹¹⁶, le doglianze si rivolgono alla Corte di Strasburgo, invocando la violazione di quattro articoli della Convenzione: [1] art. 3: non aver

¹¹⁴ Si veda, *supra*, § 4.

¹¹⁵ La Cassazione richiama due pronunce del giudice delle leggi: n. 135/2003 sulla rieducazione e n. 306/1996 sulla professione di innocenza.

¹¹⁶ Va detto che sia l'esito del giudizio della sorveglianza sia quello di legittimità erano ampiamente prevedibili, tanto da domandarsi se non fosse stato possibile ricorrere a Strasburgo anche prima della decisione della Cassazione. Inoltre, sebbene la mancata pronuncia della Corte costituzionale non costituisca mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, la Corte di Strasburgo ha più volte giudicato in violazione dell'art. 6 della Convenzione l'assenza di motivazioni della Cassazione a fronte di un'istanza che chiedeva il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Se due più due fa quattro, il giudice italiano, che (eventualmente) rigetta senza motivazione l'istanza con la quale si chiede di sollevare la *quaestio*, non solo impedisce alla Corte costituzionale di esprimersi violando la legge (che prevede l'obbligo di un'adeguata motivazione), ma sta anche impedendo alla Corte di Strasburgo di valutare come il giudice delle leggi interpreta la sua giurisprudenza, la qual cosa favorisce

collaborato con la giustizia ha comportato il mancato riesame della detenzione, tanto è vero che i giudici non hanno mai motivato nel merito il rigetto della condizionale; [2] art. 5, § 4: la detenzione non è mai stata considerata «*lawfull*» (legittima) sulla base di una valutazione nel merito; [3] art. 6, § 2: il diritto al silenzio è una conseguenza della presunzione di innocenza; [4] art. 8: l'obbligo di collaborare con la giustizia viola l'integrità morale della persona e la pone in perenne conflitto con la propria coscienza.

Dalla Corte sono state ritenute «ammissibili» le doglianze in riferimento ai soli artt. 3 e 8, contrariamente a quelle relative agli artt. 5, § 4 e 6, § 2, ritenute inammissibili¹¹⁷.

Questi i fatti del caso. È importante subito rilevare l'esistenza di "tracce" in base alle quali la Camera potrebbe decidere di *relinquish* il caso alla Grande Camera: la novità della questione, da un lato e, dall'altro, la sua delicatezza almeno sotto due profili.

Il primo – mai da sottovalutare quando si tratta del diritto convenzionale penale – è la politicità della questione dell'ergastolo ostativo, caratteristica che, in chiave europea, si colora di tinte differenti rispetto a quelle statali. A livello statale, dietro l'angolo del diritto costituzionale penale esiste l'esigenza da parte dei giudici (costituzionali) di non invadere campi nei quali le scelte (si dice) devono spettare al legislatore: di conseguenza, si decide di intervenire solo in presenza di «rime obbligate», riservando eventualmente al legislatore – negli altri casi – moniti anche severi, che frequentemente cadono però nel dimenticatoio. A livello europeo, invece, la Corte di Strasburgo è chiamata a pronunciarsi, in genere, *dopo* i giudici statali: ciò significa che, *a volte*, al cospetto di consolidate giurisprudenze (costituzionali) interne, i giudici europei adottano un consistente *self restraint*.

Proprio qui si annida la delicatezza politica della questione: a fronte di disposizioni convenzionali e costituzionali simili (ma *non* identiche), quanto la Corte di Strasburgo è pronta a disattendere numerose pronunce dei giudici costituzionali, che hanno nel tempo "salvato" il regime oggetto della doglianza del ricorrente? Detto più esplicitamente: quanto la Corte di Strasburgo è pronta a fare la Corte (davvero) *europea* dei diritti dell'uomo¹¹⁸? D'altro canto, da un punto di vista giuridico – ed è questo il secondo profilo delicato – è vero che,

una migliore riuscita della sussidiarietà che regge il sistema convenzionale. Il giudice italiano può non sollevare la *quaestio*, non esiste un obbligo (giuridico) contrario, tuttavia la differenza è enorme se il rigetto dell'istanza di parte contiene o no una (adeguata) motivazione, la quale ovviamente sarebbe anche utile al giudice europeo per comprendere se lo stesso giudice *a quo* si è espresso sopra un orientamento giurisprudenziale convenzionale.

¹¹⁷ Quando un caso è comunicato al Governo non significa che il ricorso è ammissibile, ben potendo la Corte decidere, successivamente, di dichiararlo inammissibile, anche in Grande Camera. La comunicazione significa solo che il caso non è stato dichiarato inammissibile né dal giudice monocratico né dal collegio di tre giudici e che a occuparsene sarà la Camera. Nel caso di specie, l'inammissibilità rispetto agli articoli 5, § 4 e 6, § 2 è stata comunicata alla parte ricorrente con la «vecchia» procedura, quindi senza un maggiore supporto motivazionale.

¹¹⁸ Memori del *durissimo* parere 2/2013 della Corte di Giustizia, i giudici della Corte di Strasburgo – accortisi di alcune giurisprudenze costituzionali nel tempo più restrittive (tra cui, quella italiana), ingarbugliati in una giurisprudenza casistica che non può però fare a meno di dettare *standard (minimi) europei*, messi alle strette dal Regno Unito, dalla Turchia e da altri Stati insoddisfatti, in uno scenario complessivo nel quale si respira più nazionalismo/statalismo che europeismo – devono reinventarne la posizione. E non si vede quale altra strada possano percorrere se non quella che mira a una salvaguardia *europea* dei diritti umani. Peraltro, che la Corte sia in «crisi esistenziale» l'ha scritto un suo giudice (si veda il § 35 della *dissenting* di Paulo Pinto de Albuquerque in *Hutchinson v. Regno Unito*, G.C., 17.1.2017).

con *Vinter*, la Corte di Strasburgo ha cambiato passo rispetto a *Kafkaris*. Tuttavia, per suonare la musica dopo *Vinter* non è stato usato il monocorde. Il sentiero è stato tracciato, la via è stata percorsa, ma non mancano momenti di incertezza, che appunto potrebbero giustificare la scelta della Camera di devolvere il caso alla Grande Camera.

Sempre da un punto di vista giuridico, c'è un ulteriore aspetto da considerare. Il regime dell'ostatività applicato all'ergastolo non è presente in nessun altro degli Stati parti della Convenzione¹¹⁹. Si può anche aggiungere che non esiste – tale e quale – in nessun altro paese al mondo¹²⁰. Da qui la difficoltà, per i giudici di Strasburgo, di appoggiarsi su precedenti ben individuabili. Con la conseguenza di dover semmai trarre dalla giurisprudenza pregressa una serie di «principi» rispetto ai quali valutare l'ergastolo ostativo italiano, che non di meno non suonano tutti all'unisono e che, pertanto, potrebbero indurre la Corte, parti permettendo, a esprimersi nella sua massima formazione collegiale, la Grande Camera¹²¹.

9. Un passo indietro: la giurisprudenza europea in materia di “pena perpetua non riducibile”

Più che mai necessario, allora, è un (breve) riepilogo della giurisprudenza della Corte in materia di pena perpetua, con particolare attenzione alle sentenze più recenti¹²².

¹¹⁹ Nemmeno l'ordinamento spagnolo prevede un tipo di ergastolo simile all'ostativo (si veda il § 9, nota 19, dell'*Amicus* allegato a questo scritto). Sul punto, cfr. J.M. LANDA GOROSTIZA, *Long-Term and Life Imprisonment in Spain: Release Procedures and Terrorism*, in *Life Imprisonment and Human Rights*, ed. D. van Zyl Smit, C. Appleton, Oxford and Portland (Oregon), 2016, 389 ss.

¹²⁰ Qui una sintesi dei dati esposti in modo dettagliato in D. GALLIANI, *The Reducible Life Imprisonment Standard from a Worldwide and European Perspective*, in *Global Jurist*, 1/2016, 4 ss. Su 193 Stati membri delle Nazioni Unite, solo 38 prevedono l'ergastolo senza condizionale (*Life Imprisonment Without Parole*). Di questi 38, in 10 sono Stati membri del Consiglio d'Europa. Di questi 10, già 7 sono stati giudicati dalla Corte di Strasburgo, che ad oggi non si è espressa su Malta, Svezia e Ucraina. A noi sembra che sia molto chiaro il *trend* europeo: il problema non è più se prevedere o no la *parole*, la questione è chi la può concedere, dopo quanto tempo dalla sentenza di condanna ed (eventualmente) quali requisiti da soddisfare per ottenerla. Del resto, non è inutile rilevare che, come non sembra esistere alcun paese al mondo con previsioni identiche o anche simili a quelle italiane, non vi è paese al mondo – tranne la Somalia – che permette l'ergastolo senza condizionale nei confronti dei minori al momento del reato: cfr. D. GALLIANI, *Una questione di limiti. A proposito di “Fine pena: ora” di Elvio Fassone*, in *DPC*, 19 maggio 2016, 2 ss.

¹²¹ Altrove si è cercato di dimostrare la tensione insita nel ruolo della Corte, stretta tra la «giusta giustizia» da riservare al caso concreto e l'attenzione inevitabile ai «principi» quando fissa *standard* comuni: cfr. D. GALLIANI, *“È più facile perdonare un nemico che un amico”*, cit., 5 ss. Per una ricostruzione del senso della giurisprudenza casistica di Strasburgo, cfr. V. ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, (a cura di) B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar e D. Pulitanò, Milano, 2012, 61 ss., cui, adde, ID., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC*, 18 maggio 2015.

¹²² Per cercare di stare al passo con la giurisprudenza convenzionale in materia di pena perpetua, senza rinunciare a un approfondimento (critico) delle sue diverse tappe, cfr. D. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU*, in *Studium Iuris*, 2017, fasc. 9, 969 ss.; ID., Murray c. Paesi Bassi: progressi in materia di pena perpetua, in *Quad. Cost.*, 3/2016, 603 ss.; ID., *La concretezza della detenzione senza scampo*, in C. Musumeci – A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., 193 ss.; ID., *The Reducible Life Imprisonment Standard from a Worldwide and European Perspective*, cit., 1 ss.; ID., *Una rilettura della sentenza della Corte costituzionale sul potere di grazia*, in *Il ruolo del capo dello Stato nella giurisprudenza costituzionale*,

Il *leading case* prima di *Vinter* è *Kafkaris v. Cipro* (G.C., 12.2.2008). In questa sentenza – resa 10 vs 7 – la Corte ha affermato che, per valutare la compatibilità dell'ergastolo con la Convenzione, sotto il profilo dell'art. 3, è necessario considerarne la riducibilità *de jure* e *de facto*. Se esistono strumenti giuridici grazie ai quali la pena perpetua può ridursi e se sono stati utilizzati, allora l'ergastolo non è una pena inumana e degradante. Nel caso di specie, lo strumento era rappresentato dal potere di grazia del Capo dello Stato (a Cipro non esisteva ancora la *parole*). Dato che il Capo dello Stato aveva utilizzato in passato questo potere a favore di diversi ergastolani, per la Corte non era escluso che altrettanto potesse accadere nei confronti del detenuto-ergastolano-ricorrente *Kafkaris*.

Un assunto tutt'altro che giuridicamente ineccepibile¹²³. Eppure non privo di un plausibile retroterra almeno culturale¹²⁴: le tradizioni costituzionali-penali degli Stati parti della Convenzione non sono tutte eguali; in alcuni è ancora il potere politico a disporre dell'«ultima parola» nei confronti della detenzione di una persona. La Corte non volle interferire. I (molti) giudici (molto) dissenzienti in *Kafkaris* non riuscirono a convincere la maggioranza dell'arbitrarietà sottesa ai sistemi nei quali è il potere politico (e non un giudice) a decidere l'eventuale scarcerazione anticipata, prima del fine pena o prima della morte (se il fine pena è mai).

Intendiamoci. Si potrebbe obiettare, con animo anglosassone: il giudice può sbagliare nella sua «sicura» prognosi di non pericolosità («oggettiva» ed «esteriore») che dovrebbe condurre alla scarcerazione e, in ogni caso, politicamente è irresponsabile. Sarebbe però facile convenire su un punto dirimente, senza che possa incidere il differente retroterra culturale degli interpreti: diversamente dal giudice (che se non è indipendente non è giudice), il potere politico non ha alcun obbligo (giuridico) di motivazione, sia esso il Capo dello Stato o il Ministro. Il che fa una differenza abissale se si ragiona mettendosi nei panni di un detenuto, specie ergastolano, che proprio nulla guadagna contro-ribattendo che la grazia o la *early release* possono essere richieste anche ogni mese, ogni sei mesi, ogni anno e poi, se rigettate nuovamente, all'infinito¹²⁵.

Per modificare l'orientamento espresso in *Kafkaris* non bastava un'argomentata riflessione giuridica. Serviva qualcosa di più. E così è stato. Da un lato, si è prospettato un

(a cura di) L. Violini, Napoli, 2015, 109 ss.; ID., *Riflessioni costituzionalistiche sull'ergastolo entro le maglie dello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2, 6 ss.; ID., *The Right to Hope. La sentenza Vinter e altri v. Regno Unito della Corte di Strasburgo*, in *Stadium Iuris*, 2014, fasc. 4, 404 ss.; ID., *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, fasc. 3, 1 ss.

¹²³ Poche volte capita di leggere una *dissenting* come quella di Javier Borrego in *Kafkaris*.

¹²⁴ Ha ragione A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 20: la Corte effettua una esplorazione argomentata, non sempre soddisfacente, delle forme e dei modi di intervento del diritto penale alla luce della Convenzione, che «vuole porsi come un orientamento culturale, prima ancora che giuridico, privo di qualunque impianto dogmatico».

¹²⁵ Si segnala *en passant* che è proprio l'assenza di motivazione nei verdeti delle giurie che ha condotto a un passo dal dichiarare la violazione dell'art. 6 della Convenzione. Il caso è *Lhermitte v. Belgio*: la decisione (31.3.2015) di non violazione della II Sez. è stata 4 vs 3; accettato il *referral* in Grande Camera, questa (29.11.2016) si è espressa 10 vs 7 per la non violazione. Tra i dissenzienti in Grande Camera il Presidente della Corte. Non sembra possibile una terza via: una giuria interamente laica che fosse obbligata a motivare al pari del giudice sarebbe pensabile?

caso analogo, riguardante il Regno Unito (non Cipro). Dall'altro lato, la Grande Camera si presentava in una composizione completamente rinnovata da quella in *Kafkaris*, con una sola (rilevante) eccezione: Dan Spielmann, prima giudice dissenziente in *Kafkaris* e poi Presidente della Corte in *Vinter*¹²⁶. Arriva così il 9 luglio 2013 – attesa da molti, inattesa da pochi¹²⁷ – la svolta della Grande Camera: *Vinter e Altri v. Regno Unito*, pressoché unanime (16 vs 1).

Il sistema del Regno Unito era (ed è) il seguente. Il giudice irroga l'ergastolo, *mandatory* (obbligatorio) in caso di omicidio¹²⁸. Di norma, il giudice stabilisce, rispetto alla gravità del reato, dopo quanti anni la persona può domandare la *parole*: è quella che si chiama la «tariffa», intesa come la parte retributivo-punitiva della pena («di biblica memoria»¹²⁹). In alcuni casi, però, il giudice è autorizzato a decidere di non fissare alcuna tariffa: da qui nasce il «*whole life imprisonment*», vale a dire l'ergastolo da scontare interamente («*whole*»), poiché la *parole* non potrà *mai* essere chiesta. In simili casi, l'ordinamento inglese riserva una sola residua possibilità, la *early release* per motivi umanitari (la «*compassionate release on medical grounds*»), che può essere concessa solo dal Ministro della Giustizia, anche tenendo in considerazione i criteri previsti nel *Lifers Manual*, una sorta di circolare nella quale si esemplificano le condizioni al verificarsi delle quali *potrebbe* concedersi la *early release*¹³⁰. Esattamente come il potere di grazia, anche la

¹²⁶ È inevitabile utilizzare *anche* un approccio di questo tipo se si ragiona della Corte di Strasburgo, ove le opinioni separate giocano un ruolo straordinario.

¹²⁷ Si veda l'*incipit* della *concurring* di Nicolas Bratza in *Kafkaris*: «Considero sia giunto il momento per la Corte di affermare chiaramente che l'imposizione di un ergastolo irriducibile, anche nel caso di rei adulti, è in linea di principio incompatibile con l'art. 3 della Convenzione».

¹²⁸ Nel Regno Unito, l'ergastolo può essere, oltre che *discretionary* o *mandatory*, anche *automatic*, grazie al «*two-strike life*». Introdotto nel 1997, è l'ergastolo per chi è condannato per un secondo «*serious violent or sexual offence*».

¹²⁹ Così F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *DPC*, 4 luglio 2012, 12, che giustamente, *ivi*, 14, rincarà la dose parlando di una normativa dal «sapore veterotestamentario». In termini generali, discute del «nulla scientifico dell'idea retributiva» M. DONINI, *Massimo Pavarini e la scienza penale*, in *DPC*, 13 settembre 2017, 15.

¹³⁰ Il *Lifers Manual* è un *Prison Service Order*, quindi un atto ministeriale (come tale, modificabile da qualsiasi Ministro), il cui Cap. XII è interamente dedicato agli ergastolani (per essere più precisi, ai condannati a sentenza a tempo indeterminato). Non è pertanto un atto che possa giuridicamente vincolare il Ministro. Fornisce unicamente delle indicazioni, che poi sarà nella discrezionalità ministeriale seguire o no. In ogni caso, il Ministro, prima di esercitare il potere di *early release*, è tenuto a consultare il *Parole Board*, il cui parere è obbligatorio ma non vincolante. I passaggi più rilevanti ai nostri fini sono contenuti nel § 12.2.1 del Cap. XII, che detta i criteri per il rilascio anticipato sulla base di *compassionate grounds*. Esiste un criterio principale, al quale se ne accostano altri quattro. I cinque criteri *devono* verificarsi contemporaneamente (uno con l'altro sono uniti, nel § 12.2.1, dalla congiunzione *and*, in carattere sottolineato). I criteri sono: 1) il detenuto soffre di una «*terminal illness*» e la morte è probabile sopraggiunga «*very shortly*» (in carattere grassetto e tra parentesi si aggiunge che, nonostante non esistano indicazioni temporali di riferimento, si possono considerare appropriati, per rivolgere una domanda di *early release*, tre mesi dalla morte) o, comunque, il detenuto è costretto a letto («*beridden*», incapace di deambulare) o è affetto da simili incapacità, ad esempio è paralizzato o ha subito un «*severe stroke*»; 2) il rischio di «*re-offending*», in particolare quando è di natura sessuale o violenta, è minimo; 3) l'ulteriore detenzione potrebbe ridurre l'aspettativa di vita; 4) esistono, al di fuori del carcere, adeguate sistemazioni per la cura e il trattamento del detenuto e 5) la liberazione anticipata potrà avere qualche significativo beneficio per il detenuto o la sua famiglia. Questa la mera traduzione in italiano: al lettore le considerazioni.

early release ministeriale era (ed è) completamente discrezionale e senza alcun obbligo giuridico esplicito di motivazione nel caso sia rifiutata¹³¹.

Rispetto a tale regime, la Grande Camera adotta una posizione nettissima: il sistema del Regno Unito viola l'art. 3 della Convenzione poiché il detenuto deve sapere *sin dal momento della sentenza di condanna* come comportarsi per eventualmente un giorno sperare che la pena perpetua possa essere ridotta.

I giudici lasciano alla discrezionalità degli Stati due aspetti non di poco conto. In primo luogo, dopo quanto tempo dalla condanna poter chiedere la *review*, individuando in 25 anni un termine indicativo, perché così è previsto nello Statuto della Corte penale internazionale¹³². In secondo luogo, compete agli Stati la scelta dell'organo al quale potersi rivolgere: se giurisdizionale, quasi giurisdizionale o politico¹³³.

Tuttavia, il dado è tratto: *deve* esserci un organo che, dopo un *determinato* periodo dalla condanna, valuti se persiste la pericolosità sociale oppure se la rieducazione ha fatto il suo corso. Diversamente, la pena è inumana e degradante, in violazione dell'art. 3. Infatti, a nulla varrebbe *qualsiasi* comportamento che il detenuto (ergastolano) decidesse di tenere durante la detenzione, poiché la sua eventuale scarcerazione, prima della morte, dipenderebbe unicamente da motivi umanitari, legati al suo stato di salute. I giudici non lo mandano a dire: poter morire a casa o in un ospizio invece che dietro le sbarre di una cella non configura una prospettiva di rilascio, né soddisfa alcun diritto di sperare (§ 127).

I passaggi fondamentali di *Vinter* hanno subito la stessa sorte delle palline in cima a un piano inclinato: non potevano fare altro che proseguire nella propria corsa, avendo dalla loro la spinta delle argomentazioni giuridiche. Dopo *Vinter* sono stati dichiarati contrari all'art. 3 della Convenzione *tutti* gli ergastoli senza condizionale presenti in: Turchia¹³⁴, Ungheria¹³⁵, Bulgaria¹³⁶, nel caso di estradizione negli Stati Uniti a livello federale¹³⁷, di nuovo Turchia¹³⁸,

¹³¹ Sul punto molto chiaro il § 12.3.3 del *Lifers Manual*, ai sensi del quale la decisione di rigettare una domanda di rilascio per motivi umanitari non significa che questa non possa essere riconsiderata, se ritenuta appropriata. Spesso, infatti, continua il § 12.3.3, una domanda è comunque tenuta sotto osservazione («*under review*»). In questi casi, la decisione del Ministro può essere rivista quando, per esempio, vi è una prognosi più chiara o l'aspettativa di vita si è ulteriormente ridotta. Con un'aggiunta finale: è importante che i direttori delle carceri tengano informato il ministero degli sviluppi. Non una singola parola su un qualche obbligo di motivare il rifiuto di *early release*. Si veda la successiva nota 162.

¹³² Statuto che è quindi significativamente un testo *Life Imprisonment Without Parole Free*: cfr. D. GALLIANI, *Riflessioni costituzionalistiche sull'ergastolo entro le maglie dello Statuto della Corte penale internazionale*, cit., 4 ss. Vedi anche, *infra*, § 10.

¹³³ Potrà non piacere, ma l'ottica della Corte non è imporre *un* sistema migliore di un altro, quanto garantire che *in ogni caso* le pene e i trattamenti non siano inumani e degradanti. Del resto, dovesse fare scelte più radicali (auspicabili ma pericolose), difficilmente potrebbe contestare in sé i *Parole Boards*, ma dovrebbe allora distinguere le funzioni in base ai criteri di nomina dei membri (e alle qualifiche richieste per poterne fare parte) che, però, possono essere i più diversi.

¹³⁴ *Ocalan v. Turchia* n. 2, II Sez., 18.3.2014, def. 13.10.2014.

¹³⁵ *Laszlo Magyar v. Ungheria*, II Sez., 20.5.2014, def. 13.10.2014.

¹³⁶ *Harakchiev e Tolumov v. Bulgaria*, IV Sez., 8.7.2014, def. 8.10.2014. Su alcuni problematici aspetti di questo caso, si veda D. GALLIANI, *Una rilettura della sentenza della Corte costituzionale sul potere di grazia*, cit., 11 ss.

¹³⁷ *Trabelsi v. Belgio*, V Sez., 4.9.2014, def. 16.2.2015.

¹³⁸ *Kaytan v. Turchia*, II Sez., 15.9.2015, def. 15.12.2015.

Paesi Bassi¹³⁹, di nuovo Ungheria¹⁴⁰ e, da ultimo, Lituania¹⁴¹. Tutti casi unanimi, tranne il secondo caso ungherese, deciso 6 vs 1. Fosse un giocatore di *bowling*, la Corte sarebbe prossima allo *strike*¹⁴².

Unanimità e consolidamento non sono fratelli gemelli, registrandosi nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo casi decisi a stretta maggioranza e tuttavia consolidatisi nel tempo¹⁴³. Non di meno, se una giurisprudenza si consolida e se questo avviene all'unanimità, è certamente utile evidenziarlo, specie a fronte di una corte, come quella di Strasburgo, inevitabilmente composta di giudici *non* apolidi che si confrontano con tradizioni giuridiche *differenti*.

Dopo *Vinter* (e sino a oggi) la Corte in due soli casi si è espressa per la non violazione¹⁴⁴: rispetto alla Francia¹⁴⁵ e, di recente, il Regno Unito¹⁴⁶.

Il caso *Bodein*, unanime, è relativamente "facile". In Francia, in determinati casi, alla pena perpetua è facoltà del giudice associare un periodo fisso da scontare in detenzione (30 anni), dopo il quale è possibile domandare la condizionale. Non è un sistema immune da criticità, poiché molto dipende dall'età della persona condannata, tuttavia i giudici europei ritengono che il diritto alla speranza, coniato in *Vinter*, non risulti leso¹⁴⁷. E forse non hanno tutti i torti¹⁴⁸.

¹³⁹ *Murray v. Paesi Bassi*, G.C., 26.4.2016.

¹⁴⁰ *T.P. e A.T. v. Ungheria*, IV Sez., 4.10.2016, def. 6.3.2017.

¹⁴¹ *Matiošaitis e Altri v. Lituania*, II Sez., 23.5.2017, def. 23.8.2017.

¹⁴² Il riferimento al gioco del *bowling* non è causale, visto che lo *strike* si conquista buttando giù tutti i dieci birilli. Si veda la precedente nota 120: su 10 Stati parti della Convenzione nel quale esisteva-esiste l'ergastolo senza condizionale, ne rimangono solo 3 non ancora vagliati dalla Corte (Malta, Svezia, Ucraina). Per 6 vi è stata la dichiarazione di violazione (quelli riportati sopra nel testo), il rimanente si chiama Regno Unito. Fuoriesce da questo scritto l'esame del seguito interno di ogni sentenza di violazione, anche se le due doppie pronunce verso la Turchia prima e verso l'Ungheria dopo indicano che la Corte ha intenzione di fare sul serio (s'intende sempre Regno Unito escluso, almeno per ora). L'unica cosa che vogliamo aggiungere è questa: la Corte, in tutti i casi nei quali ha dichiarato la violazione, non ha accordato alcuna somma a titolo di risarcimento *non-pecuniary*, ritenendo sufficiente la dichiarazione di violazione (solo in *Ocalan n. 2* non vi era stata richiesta di *non-pecuniary damage*; il caso *Trabelsi* è invece del tutto eccezionale: violando una giuridicamente vincolante *interim measures*, il Belgio, al momento del giudizio della Corte, aveva già estradato Trabelsi negli Stati Uniti; a fronte di una richiesta di risarcimento *non-pecuniary* di un milione di euro, la Corte, avvertita – e spaventata – dal Governo che qualunque somma accordata sarebbe potuta andare a favore di movimenti terroristici, decise di accordare 60.000 euro). In nessun caso la Corte ha indicato in modo specifico quali misure gli Stati devono prendere per effetto della dichiarazione di violazione. Pertanto, le diverse esecuzioni delle sentenze alsaziane dovranno affrontare due ordini di problemi: primo, il «destino» nei confronti del singolo ricorrente vittorioso e dei casi analoghi non rivoltisi a Strasburgo (i «fratelli minori») e, secondo, non se ma come riformare la legislazione per renderla compatibile con la Convenzione per come interpretata dalla Corte (riforma che s'intende può anche avvenire a seguito di un eventuale intervento da parte del giudice costituzionale).

¹⁴³ Ne è un esempio eclatante la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla pena di morte: cfr. D. GALLIANI, *La più politica delle pene. La pena di morte*, Assisi, 2012 (I rist., 2016), 92 ss.

¹⁴⁴ In *Čačko v. Slovacchia*, III Sez., 22.7.2014, def. 15.12.2014, la Corte non ha proceduto all'esame della doglianza rispetto all'art. 3; in *Khamtokhu e Aksenchik v. Russia*, G.C., 24.1.2017, la questione riguardava «unicamente» l'art. 14, mentre in *Harkins v. Regno Unito*, G.C., 10.7.2017, a maggioranza, la Corte ha dichiarato inammissibile la doglianza rispetto all'art. 3.

¹⁴⁵ *Bodein v. Francia*, V Sez., 13.11.2014, def. 13.2.2015.

¹⁴⁶ *Hutchinson v. Regno Unito*, G.C., 17.1.2017.

¹⁴⁷ A questo proposito, vale la pena rilevare che la *Sentencing Commission* negli Stati Uniti, per quanto riguarda il livello federale, distingue tre tipi di ergastolo: 1) quello ordinario (che, lo ricordiamo, a livello federale, è sempre senza *parole*, abolita nel 1984), 2) quello *de facto* (quando la pena irrogata è pari o superiore a 470 mesi,

Per quanto riguarda *Hutchinson*, reso 14 vs 3, le valutazioni sono molto differenti. Si tratta di una decisione giuridicamente difficile da comprendere, che riposa su preoccupazioni di altra natura, specie politico-istituzionale, riguardanti i difficili rapporti tra il Regno Unito e il sistema convenzionale nel suo complesso e in particolare con la Corte di Strasburgo.

In breve. Secondo i giudici inglesi pronunciatisi dopo *Vinter*, il Ministro, nel valutare la *early release*, è obbligato, come tutti i pubblici poteri inglesi, a tenere in considerazione la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Dunque – sostengono – tra i motivi umanitari si possono includere anche altri elementi oltre a quelli concernenti lo stato di salute del detenuto. La Corte di Strasburgo, in *Hutchinson*, si è dichiarata soddisfatta di un simile approdo giurisprudenziale. Eppure, in concreto, nulla è realmente cambiato rispetto alla possibilità per il detenuto di sapere, *sin dalla sentenza di condanna*, come comportarsi per eventualmente sperare in una liberazione anticipata rispetto alla morte. Cioè – come dicono gli ergastolani – per uscire in piedi e non con i piedi rialzati.

Che in *Hutchinson* i giudici di Strasburgo abbiano deciso di seguire uno spartito musicale stonato rispetto a *Vinter* è opinione comune, anche tra i commentatori inglesi¹⁴⁹. Giuridicamente la pronuncia non regge, giustificandosi solo politicamente¹⁵⁰. Certamente, rispetto alla pregressa giurisprudenza della Corte europea, rappresenta una battuta

ossia 39 anni) e 3) quello correlato all'aspettativa di vita (anche se a tempo determinato, una pena ad esempio di 20 anni, irrogata ad un ottuagenario, è considerata ergastolo, il *Life Expectancy*). Condivide questo modo di tripartire l'ergastolo, però giudicandolo *sempre* contrario alla dignità umana, Paulo Pinto de Albuquerque, per il quale è anche l'ergastolo *con* la condizionale a violare la dignità umana (si veda l'opinione parzialmente dissenziente in *Ocalan v. Turchia* n. 2, II Sez., 18.3.2014, def. 13.10.2014, tradotta in italiano in P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, cit., 182 ss., cui, *adde*, ID., *Life Imprisonment and the European Right to Hope*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2, 1).

¹⁴⁸ Se gli Stati «bloccano» un periodo di detenzione, durante il quale *non* si possono *mai* domandare i benefici penitenziari, non sembrano violare la Convenzione. A condizione però che, trascorso questo tempo, i benefici – nel caso di specie la condizionale – tornino richiedibili. Come diciamo nel testo, la valutazione della Corte è complicata. Da una parte, dovrebbe decidere la legittimità del lasso temporale (30 anni) ipotizzando astrattamente un limite invalicabile. Dall'altra parte, però, deve pur sempre fare i conti con il caso concreto da risolvere. Questo secondo aspetto rende la soluzione in *Bodein* problematica: il detenuto-ergastolano potrà domandare la condizionale nel 2034, all'età di 87 anni. Il primo aspetto, invece, sembra meno ostico: i 30 anni previsti in Francia non sono i 25 imposti dallo Statuto della Corte penale internazionale, ai quali si è riferita *Vinter*, non di meno non sono nemmeno esorbitanti come i 40 previsti in Ungheria, giustamente – come vedremo, *infra*, § 10 – giudicati anche «in astratto» in violazione della Convenzione. Sempre ragionando in astratto, i 30 anni non sono nemmeno lontanissimi dai 26 previsti in Italia, che nel nostro ordinamento possono ridursi per effetto della liberazione anticipata, anche per gli ergastolani. Solo un'ultima chiosa: il ragionamento condotto *unicamente* in riferimento al caso concreto dovrebbe indurre ad accettare la tripartizione degli ergastoli di cui alla nota precedente, che però rischia di non riuscire a superare un grosso scoglio, poiché presuppone la rimodulazione dei limiti edittali massimi di pena *decisamente* verso il basso. Il che, francamente, appare troppo ipotetico: se si considera ergastolo anche una pena di 20 anni inflitta ad una persona di 65 anni, per coerenza si dovrebbe propendere per un massimo edittale di pena inferiore a 20 anni. Il punto non è la discrezionalità del giudice, ma le scelte del legislatore, che di norma (ad esempio in Italia) non prevede esplicitamente l'età del reo tra le caratteristiche da tenere in considerazione da parte del giudice. Ma se anche, com'è possibile, il giudice indirettamente la valutasse, nulla potrebbe impedirgli di irrogare comunque la massima pena detentiva determinata (30 anni) oppure una minore ma egualmente eccedente l'aspettativa di vita media di una persona.

¹⁴⁹ Si veda l'approfondito articolo di M. PETTIGREW, *Retreating From Vinter in Europe: Sacrificing Whole Life Prisoners To Save The Strasbourg Court?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 25 (2017), 260 ss.

¹⁵⁰ Ho cercato di dimostrarlo in D. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte di Strasburgo*, cit., 969 ss.

d'arresto¹⁵¹, la quale non di meno merita di essere ben compresa, di là della questione politico-istituzionale. Non cambia la sostanza del problema – anzi ci ricorda che nessun giudice al mondo è mai veramente (giuridicamente) vincolato al rispetto dei propri precedenti¹⁵² – tuttavia appare opportuno porre l'accento su un aspetto: la Corte di Strasburgo, in *Hutchinson*, si “fida” dei giudici inglesi anche perché questi hanno diverse volte affrontato il problema della compatibilità del *whole life imprisonment* con la Convenzione e quindi con la giurisprudenza di Strasburgo, prima e dopo *Vinter*. Una questione da non sottovalutare, anche se ininfluente sul merito del problema. Mettiamola per un momento nel cassetto, tornerà utile poi.

10. Le ultime sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di ergastolo: *T.P. e A.T. v. Ungheria e Matiošaitis e Altri v. Lituania*.

In fondo, una nota stonata è sempre *una* nota stonata. Se dalle (poche) pronunce di non violazione si passa alle (molte) di violazione e, tra queste, alle due più recenti, non è difficile farsi l'idea che la Corte, dopo *Vinter* – e ancora oggi – stia davvero *taking Convention (and Life Imprisonment) seriously*¹⁵³.

Il primo caso (il secondo dei due riguardanti l'Ungheria) consente alla Corte di perfezionare il proprio pensiero rispetto all'arco temporale (*determinato*) trascorso il quale al detenuto deve essere attribuita la possibilità di domandare la *review* della detenzione¹⁵⁴. Se, in *Vinter*, era quantificato in 25 anni, in *T.P. e A.T.* i giudici europei dichiarano contrario all'art. 3 il periodo di 40 anni previsto nell'ordinamento ungherese. È più che un'indiretta conferma dell'indicazione avanzata in *Vinter*: gli Stati sono avvertiti che, anche se non esiste un numero magico di anni da rispettare, qualunque sia non può toccare o superare la vertigine temporale di otto lustri, che così diviene parametro vincolante e giustiziabile¹⁵⁵.

¹⁵¹ Cfr. P. BERNARDONI, *I molteplici volti della compassione: la Grande Camera della Corte di Strasburgo accetta le spiegazioni dei giudici inglesi in materia di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata*, in DPC, 11 aprile 2017.

¹⁵² Per una cauta sottolineatura, dati alla mano, del fatto che nella giurisprudenza convenzionale il ruolo dei precedenti orizzontali non è poi molto differente da quello all'interno degli ordinamenti statali, cfr., anche per richiami bibliografici, Y. LUPU, E. VOETEN, *The Role of Precedent at the European Court of Human Rights: A Network Analysis of Case Citations*, (2010). 2010. Paper 12.

¹⁵³ Che poi le note stonate rispetto a *Vinter* non sono due, ma una soltanto: non *Bodein* e *Hutchinson*, ma solo *Hutchinson*. Tanto è vero che, per rimanere al caso dell'ergastolo ostativo italiano, non sono poche le proposte di riforma che propendono per il suo superamento integrale, ad esempio anche mediante la previsione di periodi di tempo «fissi» da scontare, dopo i quali riemerge la possibilità di domandare le misure alternative, inclusa la liberazione condizionale. Sul problema della riforma dell'ergastolo ostativo si veda, *supra*, § 3.

¹⁵⁴ Davvero stupisce come la (maggioranza della) Corte possa avere tralasciato questo aspetto nel momento in cui in *Hutchinson* si è ri-confrontata con l'ordinamento inglese, nel quale la *early release* può essere domandata *sempre* dal detenuto, *senza* alcuna cadenza temporale da rispettare, sintomo evidentissimo che non si è di fronte ad alcuna *review* della legittimità della detenzione rispetto agli scopi della pena, ma solo a quella che nel nostro ordinamento è la valutazione sul differimento della pena per motivi di salute (peraltro, in Italia, in capo al giudice e non al potere ministeriale).

¹⁵⁵ Cfr. P. BERNARDONI, *Ancora in gema di ergastolo e art. 3 CEDU: la Corte di Strasburgo pone un limite al margine di apprezzamento degli Stati*, in DPC, 28 novembre 2016, 2 (cui si rinvia per l'analisi della debolissima *dissenting* nel caso, alla quale sembra sfuggire proprio il passaggio più importante di *Vinter*, vale a dire la

Non è un'affermazione da prendere alla leggera. All'insoddisfazione di qualcuno, andrà replicato che, laddove la pena perpetua è stata abolita, si è talvolta scelto di elevare di molto i limiti edittali massimi di pena, anche oltre 40 anni. La decisione della Corte è quindi rilevante poiché nega legittimità a simili ergastoli travestiti o, nella terminologia statunitense, *Life Imprisonment De Facto*. Non possono avere cittadinanza europea alcune scelte compiute nel continente sudamericano, avente il più alto tasso di Stati *Life Imprisonment Free*. E se qualcuno ancora non fosse soddisfatto, andrà rilevato che, *in assenza* di riforme legislative, una "politica" che le corti apicali possono legittimamente intraprendere è proprio quella dei piccoli passi, strategica a livello statale, *quasi* obbligata a livello europeo¹⁵⁶.

Il secondo caso, *Matiošaitis e Altri*, riguarda l'ordinamento lituano ed appare egualmente interessante. Costituisce a oggi l'ultima sentenza di merito della Corte sulla pena perpetua. Otto ricorrenti, condannati all'ergastolo senza condizionale, presentano doglianza a Strasburgo, invocando (anche) la violazione dell'art. 3 della Convenzione.

Il sistema lituano prevedeva «semplicemente» l'impossibilità per tutti gli ergastolani di domandare la condizionale. In aggiunta, dovevano scontare i primi 10 anni della detenzione in penitenziari appositi. L'ennesimo caso nel quale, in Europa, all'abolizione della pena di morte, è seguita la previsione della pena *fino* alla morte, secondo una dinamica non dissimile da quella statunitense (sulla quale noi europei dovremmo molto riflettere)¹⁵⁷.

Gli ergastolani lituani avevano una sola *chance*: il potere di grazia del Capo dello Stato, eletto direttamente dai cittadini, al quale era consentito rivolgersi dopo aver scontato 10 anni di detenzione. Il sistema lituano era sì rigido ma anche articolato¹⁵⁸: la domanda di grazia veniva filtrata da una *Pardon Commission* che esprimeva obbligatoriamente il proprio

necessità di valutare la legittimità convenzionale di una pena *from the outset of the sentence*, a nulla valendo che i due detenuti ungheresi erano in carcere da «soli» 11 e 6 anni). Si veda la precedente nota 148 sul caso *Bodein*.

¹⁵⁶ Cfr. A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, cit., 19: «Tutto ciò che i giudici europei sperano di realizzare è di *avanzare a tentoni* da un conflitto ad un altro».

¹⁵⁷ È impressionante prendere atto che oltreoceano, all'indiscutibile diminuzione delle pene di morte eseguite (ma anche di quelle comminate), è corrisposta la devastante crescita degli ergastoli e in particolare di quelli senza condizionale. Lasciamo parlare i dati. Nel 1999, si toccò il picco annuale delle esecuzioni, 98. Da allora un netto declino, fino al minimo storico, nel 2015, di 10 esecuzioni. Ebbene, nel 1992, gli ergastolani erano 70.000, dei quali 12.000 senza condizionale. Nel 2012, gli ergastolani sono divenuti 160.000 e quelli senza condizionale 50.000. I primi più che duplicati, i secondi più che quadruplicati. Alcuni sostengono che non vi sono altre strade: negli Stati Uniti, per salvare la vita di una persona, un buon avvocato «patteggia» e facilmente ottiene l'ergastolo senza condizionale. È vero, il problema dell'ergastolo senza condizionale, laddove esiste la pena di morte, si presenta differente rispetto a dove la pena capitale non esiste. Però vale sempre ricordare due ammonimenti: «la storia del penale può essere pensata come la storia di una lunga fuoriuscita dalla vendetta» e che, in ogni caso, «la lotta contro la teologia della vendetta è assolutamente contemporanea al diritto» (rispettivamente, M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, (a cura di) M. Fioravanti, Roma-Bari, 2002, 164 e P. RICOEUR, *Il diritto di punire* (1958), in Id., *Il diritto di punire*, ed. L. Alici, Brescia, 2012, 45). Per i dati e i riferimenti al dibattito statunitense, almeno si veda *Life Without Parole. America's New Death Penalty*, ed. C.J. OGLETREE JR., A. SARAT, New York, 2012. Per il contesto europeo, imprescindibile è la lettura di D. VAN SYL SMIT, *Taking Life Imprisonment Seriously in National and International Law*, The Hague, 2002.

¹⁵⁸ I verbi sono declinati all'imperfetto, anche se non ci sono state prese di posizione in Lituania rispetto alla recente decisione della Corte. Staremo a vedere se e quando sarà il legislatore a riformare o se e quando ci penserà un giudice (costituzionale o no). In assenza dell'uno e dell'altro, facile prevedere che tornerà in scena la Corte di Strasburgo.

(autorevole) parere, ancorché non giuridicamente vincolante¹⁵⁹. Il Presidente della Repubblica, in effetti, rimaneva libero di decidere diversamente, il suo decreto di rigetto non era motivato e al massimo era consentito ripresentare una nuova domanda di grazia dopo sei mesi dalla precedente¹⁶⁰. Molte commissioni di studio ministeriali avevano ricevuto l'incarico di rivedere siffatto sistema. Nulla era però cambiato. Da quando il sistema è questo, dalla fine degli anni novanta del Novecento, in un solo caso il Presidente ha graziato un ergastolano, su un totale di 35 domande (gli ergastolani oggi sono circa 200).

Il Governo lituano ha sostenuto, dinanzi alla Corte di Strasburgo, che l'assenza di motivazione del rigetto della grazia è compensata dalla possibilità di ripresentarne la richiesta dopo soli sei mesi. Inoltre, si è messo in risalto che i criteri considerati dalla *Pardon Commission* sono conosciuti in anticipo dai detenuti: la gravità e la natura del reato, il periodo di tempo trascorso in carcere, il comportamento tenuto in carcere e la personalità del detenuto. Sempre il Governo afferma che delle circa 12.000 domande esaminate dalla *Pardon Commission*, ben 2.500 hanno portato alla concessione della grazia.

La decisione della Corte è non di meno ferma, nella forma e nella sostanza. Al § 180 della sentenza, vi è l'integrale ripetizione del passaggio più noto di *Vinter*, quello – consegnato agli archivi della storia – sul diritto alla speranza («*the Right to Hope*») che a nessuno può negarsi, indipendentemente dai reati commessi¹⁶¹. Al successivo § 181, dopo aver confermato che gli Stati restano liberi di decidere se la *review* della pena perpetua debba essere affidata a un giudice o al potere esecutivo, la Corte sostiene che, per un'adeguata valutazione degli eventuali progressi del detenuto in termini di risocializzazione, tanto il giudice quanto il potere esecutivo devono motivare le proprie scelte. Questo perché è necessario «avoided» («scansare») qualsiasi apparenza di arbitrarietà. Infine, al § 182, la Corte evita qualsiasi equivoco, dando così prova di chiarezza e lungimiranza (che, quando utilizzate insieme dai giudici, producono sempre straordinari benefici): avendo uno dei ricorrenti scontato solo 7 anni di detenzione, la Corte si premura di precisare che, *anche in questo caso*, vi è una violazione dell'art. 3 della Convenzione. Ancorché non fossero ancora trascorsi i 10 anni dopo i quali poter fare domanda di grazia, per i giudici ciò che rileva è l'assenza di una *review* della pena perpetua sin da quando è stata irrogata, *from the outset of the sentence*. E siccome il giudice può irrogare una pena solo se prevista dalle disposizioni legislative, è alla scelta del *legislatore* che la Corte si riferisce¹⁶².

¹⁵⁹ Autorevole è un aggettivo ostico per il giurista. Si può utilizzare in ragione della composizione della *Pardon Commission*, formata dal Presidente della Corte Suprema, dal Presidente della Corte di appello, dal Ministro della Giustizia, dal Procuratore generale, dal consulente per gli affari giuridici del Capo dello Stato, da rappresentanti dell'associazione degli avvocati lituani, da quelli dell'associazione di supporto alle vittime e infine da quelli dell'associazione a difesa dei diritti detenuti.

¹⁶⁰ La maggior parte dei ricorrenti aveva già presentato domanda di grazia, con esiti negativi identici. Si veda ad ogni modo la conclusione di questo paragrafo.

¹⁶¹ Nonostante il concetto fosse sicuramente espresso anche nelle motivazioni della maggioranza in *Vinter*, tuttavia i giudici, nel caso lituano, si riferiscono *letteralmente* al fondamentale passaggio contenuto nell'opinione concorrente in *Vinter* espressa da Ann Power-Forde, con il quale termina anche il nostro *Amicus* allegato a questo scritto.

¹⁶² Questa sottolineatura della Corte appare di straordinario significato per intendere una delle questioni che più sono (e saranno) al centro dei dibattiti riguardanti i rapporti tra il sistema convenzionale e quelli statali,

Siamo in presenza di una decisione molto rilevante. Non solo perché è l'ennesima pronunciata all'unanimità dopo *Vinter* e che a *Vinter* si adegua perfettamente. Il punto più interessante concerne il nodo dell'assenza di motivazioni rispetto al rigetto della domanda di grazia. In *Hutchinson*, infatti, era (ed è) possibile, per il detenuto, impugnare di fronte a un giudice il rifiuto ministeriale di concedere la *early release*. Benché moltissimo limitata, esisteva la possibilità che un giudice potesse sindacare la scelta ministeriale, fornendo ovviamente le motivazioni alla propria decisione. Quello che non faceva il Ministro, motivare, era fatto dal giudice¹⁶³. Nel caso lituano, invece, l'atto di grazia è considerato un atto politico *tout court*, sottratto a *qualsiasi* possibilità di sindacato giurisdizionale. E poiché il rifiuto della grazia è privo di motivazione, al detenuto non è possibile sapere come comportarsi.

11. Tentare il possibile: un *Amicus Curiae* nel caso *Viola c. Italia*

Solo a questo punto è possibile spendere qualche ulteriore riflessione sul caso *Viola v. Italia*, rimandando all'*Amicus* in *Appendice* per uno svolgimento più approfondito. Come anticipato¹⁶⁴, la Corte ha già comunicato il caso al Governo, ponendo quattro interrogativi alle parti a proposito degli articoli 3 e 8 della Convenzione. Le domande sono le seguenti:

[1] l'ergastolo ostativo è una pena *de jure* e *de facto* riducibile ai sensi dell'art. 3?

[2] la legislazione italiana offre al detenuto una prospettiva di «*élargissement*» («rilascio») e una possibilità di riesame della detenzione? Il detenuto, cioè, dispone di una procedura grazie alla quale è possibile considerare gli eventuali progressi nel corso della detenzione, al fine di valutare l'esistenza di motivi per il proseguimento della detenzione?

[3] la possibilità di ridurre la pena perpetua solo grazie alla collaborazione con la giustizia soddisfa i criteri stabiliti dalla Corte per giudicare riducibile una pena perpetua, anche in considerazione del caso *Trabelsi*?

vale a dire la *prevedibilità* («*foreseeability*») oramai insista nella certezza del diritto di cui all'art. 7 della Convenzione. Sul problema, riguardante l'ergastolo ostativo, cfr. C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., 157 ss. e, in particolare sull'aggravante del metodo mafioso, si veda da ultimo Cassazione, Sez. VI, 1 marzo 2017, n. 14249, annotata da L. NINNI, *Aggravante del metodo mafioso: la Suprema Corte propone una sintesi degli elementi probatori rilevanti per l'integrazione della circostanza di cui all'art. 7 del d.l. 152/1991*, in *DPC*, 19 settembre 2017. Per condivisibili considerazioni, che discutono del problema irretroattività, sia nella «materia» penale sia in quella civile, si veda ora M. BIGNAMI, *La Corte Edu e le leggi retroattive*, in *Quest. Giust.*, 13 settembre 2017.

¹⁶³ Un ragionamento peraltro insoddisfacente. Il potere del Ministro, nel Regno Unito, è discrezionale, l'ultima parola è *comunque* la sua e non del giudice, il quale al massimo potrà intervenire nel merito in casi di scuola, molto ipotetici. Su questi aspetti era stato presentato un *Amicus Curiae* nel caso *Hutchinson*, non accettato perché *out of time*. Per chi fosse interessato, l'*Amicus* è stato sostanzialmente riprodotto in D. GALLIANI, *The Reducible Life Imprisonment Standard from a Worldwide and European Perspective*, cit., 1 ss. Su come i giudici inglesi continuino a pronunciarsi dopo *Vinter* e a maggior ragione dopo *Hutchinson*, sostenendo esplicitamente (e chiaramente) che il detenuto, condannato al *whole life imprisonment*, morirà in carcere o al massimo uscirà prima di morire ma solo per motivi di salute, si veda D. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte di Strasburgo*, cit., 977 ss.

¹⁶⁴ Si veda, *supra*, § 9.

[4] il regime esecutivo correlato all'ergastolo ostativo è compatibile con la risocializzazione? Lo Stato, cioè, rispetta l'obbligo positivo di garantire agli ergastolani la possibilità di risocializzazione, ai sensi degli artt. 3 e 8?

Non sono domande realmente neutre. Non va dimenticato, infatti, un dato statistico, indiscutibile nella sua oggettività: la Corte di Strasburgo, una volta dichiarato ammissibile un ricorso, il che avviene solo per il 5% di essi, nel 95% dei casi accerta (almeno) una violazione della Convenzione¹⁶⁵. Anche da qui nasce l'impressione che i quesiti formulati alle parti assumano un valore indiziario: senza con ciò affermare che il caso abbia una soluzione già scritta, è però vero che, così interrogandolo, la Corte mette il Governo alle strette.

La domanda più interessante è la n. 3. Non tanto per il richiamo a *Trabelsi*¹⁶⁶, quanto perché presuppone la questione cruciale riguardante l'ergastolo ostativo, la madre di tutti i problemi: la mancanza di un'utile collaborazione con la giustizia può considerarsi equivalente alla pericolosità sociale? Da questo interrogativo si dipanano gli altri, convergenti nel contenuto del quesito n. 2: l'ergastolo ostativo consente la valutazione degli eventuali progressi trattamentali? Sarà interessante leggere il tenore delle risposte governative, chiamate a difendere il regime sotto accusa a Strasburgo. Anche perché il Governo, che deve convincere la Corte di Strasburgo della compatibilità convenzionale dell'ergastolo ostativo, è il medesimo che invece, a livello interno, è chiamato a superarlo revisionandolo¹⁶⁷.

Si sono indicate prima alcune "tracce" che potrebbero far propendere per una devoluzione del caso alla Grande Camera¹⁶⁸. Qui preme evidenziare un ulteriore aspetto. Riteniamo che la Corte abbia di fronte due sole alternative: l'ergastolo ostativo viola la

¹⁶⁵ Sia chiaro, non vi è niente da gioire. Questa impressionante percentuale, semmai, ci ricorda quante violazioni dei diritti umani ancora avvengono negli Stati parti della Convenzione.

¹⁶⁶ È vero che, a livello federale, negli Stati Uniti è possibile ridurre l'ergastolo a fronte della collaborazione con la giustizia (la «*substantial assistance*»), tuttavia vi sono notevoli differenze con il caso italiano, che inducono a utilizzare parecchia cautela. A livello federale, negli Stati Uniti, ogni ergastolo è sempre senza *parole*, essendo stata abolita nel 1984. Inoltre, il giudice da solo nulla può: è il Governo che, tramite una formale e apposita *motion*, chiede al giudice la riduzione della pena per via della collaborazione. Senza la *motion*, il giudice è impossibilitato a procedere. Il riferimento, ovviamente, è alla collaborazione con la giustizia di cui alla Rule 35(b) delle *Federal Rules of Criminal Procedure* e non a quella prevista dal § 5K1.1 delle *Sentencing Guidelines* (la prima, non la seconda, si applica *dopo* la condanna). Non solo. Là, infatti, dopo la *motion* del Governo, se il giudice accorda la riduzione, nel caso la pena originaria sia l'ergastolo, ne dispone la *sostituzione* con una pena a tempo determinato, che non di rado si risolve in un *Life Imprisonment De Facto*. Se la pena è a tempo determinato, il giudice concede dei crediti, ossia mesi da detrarre al fine pena. Ma, se il fine pena è mai, non esistendo la *parole*, altro non si può fare che procedere *sostituendo* la pena originaria, l'ergastolo, con una nuova, che, in media, si aggira attorno ai 20 anni [che, come detto, in alcuni casi, per via dell'età della persona, danno vita ad un *Life De Facto*; si veda il rapporto ufficiale, come sempre molto documentato, della *United States Sentencing Commission*, intitolato *The Use of Federal Rule of Criminal Procedure 35(b)*, January 2016, in specie, 4 e 19]. La riducibilità intesa dalla Corte di Strasburgo è di tutt'altro significato. Non è allora un caso che, per giudicare l'estradizione negli Stati Uniti (livello federale) in violazione dell'art. 3 e degli *standard* esposti in *Vinter*, la Corte, al § 137 di *Trabelsi*, sostiene non servano «*lengthy disquisitions*». Ha perfettamente ragione. Peccato solo per Trabelsi, che il Belgio ha estradato *prima* della decisione della Corte nonostante la *interim measures*, deprecabilissimo comportamento.

¹⁶⁷ Si veda, *supra*, § 3.

¹⁶⁸ Si veda, *supra*, § 8.

Convenzione oppure no; nell'un caso come nell'altro, i giudici di Strasburgo devono entrare, sostanzialmente, nel merito. Proviamo a spiegarci.

Da un lato, ancorché formalmente ancora possibile, riteniamo improbabile una decisione di inammissibilità. Anzi, propendiamo decisamente per l'ipotesi opposta¹⁶⁹. Basti considerare un solo aspetto di straordinaria importanza. Il sistema convenzionale di salvaguardia e di protezione dei diritti umani si basa sul principio di sussidiarietà, come previsto nel testo della Convenzione e nella giurisprudenza della Corte. Questo significa che, tra le altre cose, per la Corte diviene imprescindibile, sin dal momento in cui si esprime sull'ammissibilità/inammissibilità di un ricorso, confrontarsi sul se e *quanto* i giudici interni si siano espressi a proposito di un'eventuale violazione convenzionale¹⁷⁰. Nel caso *Viola* – ma più in generale nel caso dell'ergastolo ostativo – letteralmente *nulla quaestio*: il giudice costituzionale italiano *mai* si è espresso sulla violazione dell'art. 3 della Convenzione, come invero avrebbe potuto se solo non si fossero rigettate, nel giudizio di sorveglianza prima e in quello di legittimità dopo, le istanze con le quali si chiedeva di sollevare questione di costituzionalità-inconvenzionalità¹⁷¹. Di conseguenza, la Corte di Strasburgo dovrebbe andare spedita e decidere nel merito¹⁷².

Dall'altro lato, una volta dichiarate ammissibili le doglianze e dunque decidendo nel merito, sul piatto della bilancia – ne siamo convinti – peseranno di più le ragioni a sostegno della violazione convenzionale, come argomentato nell'*Amicus* allegato, cui non possiamo che rimandare. Ciò detto, proviamo nonostante tutto a ipotizzare un diverso esito, favorevole alla non illegittimità convenzionale dell'ergastolo ostativo italiano. La Corte di Strasburgo potrebbe tentare di argomentare la non violazione facendo leva sul (comodo) perno del

¹⁶⁹ Quanto diciamo vale ovviamente anche nel caso si decida per il *relinquish*.

¹⁷⁰ Esattamente questo è successo nel recente e straziante caso *Charles Gard e Altri v. Regno Unito*, I Sez., 28.6.2017, nel quale la Corte, a maggioranza, ha adottato una decisione di inammissibilità. *En passant*, è noto che una decisione di inammissibilità, al contrario di una sentenza di non violazione, esclude la pubblicazione delle opinioni separate, che nemmeno appaiono espresse in termini numerici, tanto è vero che ci si limita a riportare nelle decisioni il convincimento *unanime* o *a maggioranza* dei giudici. Vero che, se si sceglie la sentenza, non vi è *obbligo* di stendere opinioni separate, ma, se non si condividono i ragionamenti della maggioranza o le opinioni separate di altri giudici, si stendono le proprie opinioni separate.

¹⁷¹ Per una convincente lettura delle conseguenze del principio di sussidiarietà – base del sistema convenzionale – sull'utilizzo del parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost., nel senso della sua residualità, cfr. M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale*, . Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost., cit., 7 ss. Si aggiunga che la tecnica dell'assorbimento, adoperata dal giudice costituzionale, in riferimento a questioni di costituzionalità plurime che coinvolgono anche l'art. 117, comma 1, Cost., andrebbe ripensata, proprio nell'ottica della sussidiarietà, poiché non permette un *costruttivo* o *critico* approfondimento della giurisprudenza convenzionale (sulla questione, *amplius*, si veda A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Napoli, 2013, spec., 140 ss.; ancora oggi non pare esistere alcuna «dottrina» della Corte a proposito).

¹⁷² Piuttosto, è da valutare la possibile scelta della Corte costituzionale di sospendere un proprio (eventuale e futuro) giudizio sull'ergastolo ostativo in attesa della decisione della Corte di Strasburgo, come successe nel caso *Parrillo*. Ed è proprio in *Parrillo v. Italia*, G.C., 27.8.2015 che la Corte di Strasburgo ha salutato con vivo apprezzamento le sentenze quasi gemelle del 2007 della Corte costituzionale. Se la Convenzione, per come interpretata dalla Corte di Strasburgo, può addirittura condurre alla dichiarazione di incostituzionalità di una legge, evenienza affermata dalle quasi gemelle del 2007, che per questo «*are to be welcomed*» (così al § 103 di *Parrillo*), è legittimo attendersi che la Corte di Strasburgo riconosca l'ammissibilità del ricorso nel caso *Viola*, avviandosi senza indugi a una decisione nel merito.

margine di apprezzamento¹⁷³: come spetta agli Stati decidere l'organo deputato a valutare la richiesta di liberazione condizionale e stabilire dopo quanto tempo dalla condanna la persona ha diritto a domandarla, così, allo stesso modo, sarebbe di competenza degli Stati la specificazione dei requisiti *d'ordre pénologique* da soddisfare per la valutazione della domanda con la quale si chiede la condizionale.

Se davvero questo fosse l'esito, come una cappa peserebbe sullo *Human Rights Building* un interrogativo sul quale a Strasburgo dovrebbero seriamente riflettere¹⁷⁴. La dottrina del margine di apprezzamento rischierebbe di trasformarsi in una comoda scorciatoia per decidere di non decidere. Un sentiero che non sembra tuttavia percorribile specialmente a fronte di articoli convenzionali assolutamente inderogabili, qual è l'art. 3 con il suo divieto di pene e trattamenti inumani e degradanti¹⁷⁵.

La Corte di Strasburgo *non* può annullare una legge. Ha un compito meno grave, ma *non* meno rilevante: fissare *standard minimi europei vincolanti* per ogni Stato parte della Convenzione, rispetto ai quali si sviluppano le diverse scelte ordinamentali statali. È questo il compito che tradirebbe se decidesse di non decidere¹⁷⁶. Sancendo la non violazione in omaggio a un malinteso margine di apprezzamento statale, la Corte mancherebbe al suo ruolo di stabilire un minimo denominatore comune europeo in materia di pena perpetua

¹⁷³ Sul quale si vedano D. SPIELMANN, *Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14/2012, 381 ss. e N. BRATZA, *Living instrument or dead letter – the future of the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2/2014, 116 ss. Entrambi gli Autori, come noto, sono stati Presidenti della Corte ed esprimono non poche perplessità sulla dottrina del margine di apprezzamento, non diversamente da E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *International Law and Politics*, 31/1999, 843 ss.

¹⁷⁴ Vogliamo solo far notare che il meccanismo dell'ostatività, quindi dell'ergastolo senza scampo, è costruito tutto attorno alla presunzione assoluta, stabilita dal legislatore, tra mancata (utile) collaborazione e pericolosità sociale. Questo significa che, come ampiamente argomentiamo nell'*Amicus* allegato, l'ergastolano ostativo, che non collabora utilmente con la giustizia, non può *mai* uscire dal carcere *anche se* ritenuto rieducato. Se una persona può (e deve) essere tenuta in carcere per motivi di natura penale, allorquando cioè ritenuta pericolosa, è evidente che con l'ergastolo ostativo si soddisfano scopi che *non* hanno niente a che fare con la pericolosità sociale. Per una (insensata) polemica contro le tesi favorevoli all'ergastolo *qualora* sia prevista la possibilità di accedere alla condizionale e quindi sia possibile un giudizio che valuti pericolosità e rieducazione/risocializzazione, cfr. R. L. LIPKE, *Irreducible Life Sentence and Human Dignity: Some Neglected and Difficult Issues*, in *Human Rights Law Review*, 2017, 17, 383 ss.

¹⁷⁵ Appare particolarmente interessante la posizione su *Vinter* adottata da Robert Spano, oggi Presidente della II Sezione della Corte di Strasburgo. Giunto alla Corte appena tre settimane prima della decisione della Grande Camera contro il Regno Unito, inizialmente era scettico, se non contrario. Con il tempo, il giudice ha maturato una convinzione differente e oggi non nutre alcun dubbio sul fatto che *Vinter* e le successive sentenze «*simply requires that all persons, deprived of their liberty, including those serving life sentences, be treated in accordance with their intrinsic worth and humanity. They must be granted an opportunity for rehabilitation and to a realistic prospect of release. They must not be made objects of the State or suffer purely the wrath of the populace. The inherent human capacity for self-betterment, so strongly valued by the Convention system, cannot be wilfully ignored, no matter the judgement society makes of their actions, and no matter the temptation*» (cfr. R. SPANO, *Deprivation of Liberty and Human Dignity in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 4, Issue 2, 2016, 150 ss., in part. 166).

¹⁷⁶ Tra gli undici argomenti contro l'ergastolo ostativo (errore giudiziario, irrilevanza della rieducazione, automatismo normativo, lesione del diritto di difesa, perpetuità, non riducibilità, contrarietà al senso di umanità, divieto di tortura, violazione della libertà morale, rigidità normativa, retroattività) esposti in C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., 65 ss., il sesto sulla non riducibilità è interamente sviluppato attorno alla violazione convenzionale.

riducibile. Opererebbe come surrogato di un qualsiasi giudice italiano, smarrendo così la specificità della sua missione, che è quella di essere una corte *europea*.

ALLEGATO: *Amicus Curiae*, ricorso 77633/16, *Viola v. Italia*, Corte europea dei diritti dell'uomo, I Sezione (versione italiana).

L'*Amicus* è stato promosso e materialmente redatto da Davide Galliani, (Associato di Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Milano), in collaborazione con Andrea Pugiotto (Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Ferrara)

È stato sottoscritto da Gaetano Silvestri (Emerito di Diritto costituzionale, già Presidente della Corte costituzionale), Giovanni Maria Flick (Emerito di Diritto penale, già Presidente della Corte costituzionale), Paola Bilancia (Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano), Adolfo Ceretti (Ordinario di Criminologia nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca), Carlo Fiorio (Ordinario di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Perugia), Glauco Giostra (Ordinario di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", già Presidente della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza promossa dal CSM), Vittorio Manes (Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Bologna), Francesco Palazzo (Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Firenze, già Presidente della Commissione sulla riforma delle sanzioni penali promossa dal Ministro della Giustizia), Marco Ruotolo (Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Roma Tre), Emilio Santoro (Ordinario di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Firenze), Francesco Viganò (Ordinario di Diritto penale nell'Università Bocconi).

È stato altresì sottoscritto da Stefano Anastasia (Garante regionale dei diritti dei detenuti nelle regioni Lazio e Umbria), Franco Corleone (Garante regionale dei diritti dei detenuti nella regione Toscana e Coordinatore nazionale dei garanti locali dei diritti dei detenuti), Sergio D'Elia (Segretario di *Nessuno Tocchi Caino*), Patrizio Gonnella (Presidente di *Antigone*), Luigi Manconi (Presidente della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato), Antonio Marchesi (Presidente di *Amnesty International* – Sezione italiana) e da Mauro Palma (Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, già Presidente del CPT)¹⁷⁷.

L'*Amicus* è dunque frutto di un *dialogo* tra studiosi tutti appartenenti alle scienze umane, mai rinchiuso negli uffici dei rispettivi dipartimenti universitari, che ha potuto mettere a valore le sollecitazioni avanzate da chi occupa ruoli apicali di garanzia dei diritti dei soggetti privati della libertà personale e da chi agisce per un più ampio coinvolgimento della società civile nelle tematiche relative ai diritti dei detenuti.

¹⁷⁷ Quando oramai era stato presentato, è giunta l'adesione anche di DIRK VAN ZYL SMIT (Ordinario di Diritto penale internazionale e comparato nell'Università di Birmingham), considerato unanimemente il maggior esperto al mondo di ergastolo.

Il documento è stato redatto nelle settimane successive al 30 maggio 2017, data in cui il ricorso è stato comunicato al Governo, diventando di pubblico dominio. Avanzata il 6 luglio la richiesta di introduzione dell'*Amicus*, il Presidente della I Sezione, Linos-Alexandre Sicilianos, ne ha autorizzato la presentazione il 31 agosto, poi effettivamente avvenuta il 15 settembre.

Una sola avvertenza. Non esiste un *format* ideale per un *Amicus*. Senza dubbio è (vivamente) sconsigliato discutere i fatti e il merito del caso¹⁷⁸. Da un lato, questo è compito delle parti in contraddittorio tra di loro e, dall'altro lato, si inficerebbe il principale scopo di un *Amicus*, che è quello di offrire alla Corte e ai suoi giudici osservazioni di taglio generale¹⁷⁹, peraltro in un massimo di dieci pagine che obbliga a selezionare – a volte in modo drastico – gli argomenti da sviluppare.

Un *Amicus Curiae* non è un vero e proprio saggio di dottrina (con tanto di opportune citazioni bibliografiche) né un mero resoconto giurisprudenziale (che sarebbe semplicemente inutile). È però un testo *scientifico*, che trasmette del *sapere* a giudici che, inevitabilmente, provengono da Stati con tradizioni e culture giuridiche diverse. La sua efficacia non è mai predeterminabile: la si può verificare solo *ex post*, in filigrana, tra le righe della sentenza dei giudici. Un *Amicus* è quindi una sorta di scommessa (scientifica), che presuppone un ruolo attivo del giurista, il quale tenta di influire nel mondo utilizzando gli attrezzi che è in grado di maneggiare.

Quella che si presenta è la versione in italiano dell'*Amicus*, inoltrata alla Corte unitamente a quella inglese¹⁸⁰. L'unica differenza tra le due versioni è rappresentata dal § 0 presente solo in quella inglese, che qui riproduciamo per completezza, nel quale abbiamo dovuto sciogliere un nodo semantico in apparenza semplice, in realtà molto intricato ed espressivo delle tante problematicità che l'ergastolo ostativo pone proprio per via della sua unicità¹⁸¹.

¹⁷⁸ «*Having regard to the nature of a third-party intervention, these submissions should not include any comments on the facts or merits of the case*» («Considerando la natura degli interventi di una parte terza, le osservazioni non devono includere alcun commento sui fatti o il merito del caso»): così nella lettera con la quale è stato ammesso il nostro *Amicus*, peraltro in perfetta linea con quanto da sempre accade.

¹⁷⁹ «*(These submissions) address only general principles involved in the solution of the case*» («Le osservazioni dovranno riguardare solo questioni generali inerenti la soluzione del caso»): così prosegue la lettera di cui alla nota sopra.

¹⁸⁰ Non esiste alcun obbligo in tal senso, essendo sufficiente una versione in una delle due lingue ufficiali convenzionali, inglese e francese.

¹⁸¹ Per meglio intendere quanto diciamo nel § 0 (che sarebbe stato grottesco tradurre in italiano), l'espressione francese «*réclusion à perpétuité réelle*» non è stata scelta da noi, ma è la traduzione di ergastolo ostativo utilizzata dalla Corte in sede di sottoposizione delle questioni alle parti. Esprimiamo qui un sentito ringraziamento alla dott.ssa Elena Fontana, alla dott.ssa Paola Oddo Lo Bue e alla dott.ssa Sara Pelicci che hanno contribuito a rendere pressoché perfetta l'iniziale nostra traduzione ITA-ENG.



AMICUS CURIAE, CASO VIOLA V. ITALIA, RICORSO 77633/16, SEZIONE I

15 settembre 2017 – versione italiana

[§ 0. A brief note on the terms which will be used in this *Amicus*. Whilst the term “**ergastolo ostativo**” can be translated into French with the expression “**réclusion à perpétuité réelle**”, the words which best express the term “ergastolo ostativo” in English would be Real Life Imprisonment or **Perpetual Life Imprisonment**. As the second term is more similar to the actual meaning of “ergastolo ostativo”, we will employ it for the rest of the *Amicus*- considering that the use of the term “pena perpetua” (“perpetual penalty”) in Article 22 of the Italian Penal Code derives from the French expression “perpétuité”].

§ 1. La Corte europea dei diritti dell’uomo (la Corte) è chiamata ad affrontare, *per la prima volta dalla sua istituzione*, il problema della compatibilità convenzionale dell’ergastolo ostativo (E.O.) previsto nell’ordinamento italiano. Non esprimiamo alcuna valutazione sull’opportunità di **relinquishment** alla Grande Camera. Tuttavia, la novità della questione e le *serious questions* di interpretazione della Convenzione meritano di essere tenute in considerazione ai fini dell’art. 30.

§ 2. Nel merito dell’E.O. vale la pena sottolineare subito un aspetto. Da **Vinter e Altri v. Regno Unito** (G.C., 9.7.2013) a oggi, la Corte, in *tutti* i numerosi casi nei quali è stata affrontata la questione dell’ergastolo, ha *sempre* inquadrato il problema a partire dall’**art. 3** della Convenzione. Con le diversità dei casi di specie: in nove casi la Corte ha dichiarato la

violazione, in due la non violazione¹. Le decisioni di violazione sono state pressoché tutte *unanimit*².

Diviene fondamentale rilevare, a questo proposito, che è proprio dall'art. 3 che la Corte ha fatto derivare la **dignità umana**. Pur non trovando esplicita previsione nella Convenzione, sin da **Tyrer v. Regno Unito** (25.4.1978) è stata riconosciuta come fondamento e principio guida dell'intero sistema convenzionale di protezione dei diritti umani.

In modo coerente, la Corte, basandosi questa volta anche sull'espressa previsione di cui all'art. 15, ha evidenziato che il divieto di violare la dignità umana non può essere oggetto di *alcuna* deroga. La dignità umana deve essere quindi garantita anche "*in time of war*" e indipendentemente da "*other public emergency threatening the life of a nation*". Ed è sempre la Corte ad aver sostenuto che il divieto di violare la dignità umana, discendente dall'art. 3, non può incontrare *alcuna* deroga nemmeno in relazione al tipo di reato commesso.

Vi è di più. La Corte, proprio in *Tyrer*, sicuramente un *landmark case* nella sua sessantennale giurisprudenza, ha espresso altri due concetti e principi di straordinaria rilevanza, mai più messi in discussione³, peraltro (§ 21) respingendo *all'unanimità* la richiesta della parte resistente di *strike out* il ricorso, in quanto si era alla presenza di questioni di carattere generale riguardanti l'interpretazione della Convenzione⁴.

Da un lato, la Corte (§ 31) ha discusso della Convenzione come di un "**living instrument**", la cui interpretazione deve confrontarsi con l'evoluzione statale e più in generale europea, entrambe oramai senza alcun dubbio rivolte a fare della protezione dei diritti umani in generale e della dignità umana in particolare un vero e proprio obbiettivo primario e irrinunciabile. Dall'altro lato, la Corte (§ 32) ha sottolineato che, per considerare una pena o un trattamento degradanti, "*it may well suffice that the victim is humiliated in his own eyes, even if not in the eyes of others*". Questo poiché, secondo le parole della Corte (§

¹ Dopo *Vinter e Altri v. Regno Unito*, G.C., 9 luglio 2013, nel senso della violazione: 1) **Ocalan v. Turchia n. 2**, II Sez., 18.3.2014, def. 13.10.2014; 2) **Laszlo Magyar v. Ungheria**, II Sez., 20.5.2014, def. 13.10.2014; 3) **Harachiev e Tolumov v. Bulgaria**, IV Sez., 8.7.2014, def. 8.10.2014; 4) **Trabelsi v. Belgio**, V Sez., 4.9.2014, def. 16.2.2015; 5) **Kaytan v. Turchia**, II Sez., 15.9.2015, def. 15.12.2015; 6) **Murray v. Paesi Bassi**, G.C., 26.4.2016; 7) **T.P. e A.T. v. Ungheria**, IV Sez., 4.10.2016, def. 6.3.2017; 8) **Matiosaitis e Altri v. Lituania**, II Sez., 23.5.2017. Per la non violazione: **Bodein v. Francia**, V Sez., 13.11.2014, def. 13.2.2015 e **Hutchinson v. Regno Unito**, G.C., 17.1.2017. In **Cacko v. Slovacchia**, III Sez., 22.7.2014, def. 15.12.2014, la Corte non ha proceduto all'esame della doglianza rispetto all'art. 3. Sottolineiamo che in **Khamtokhu e Aksenchik v. Russia**, G.C., 24.1.2017, la questione riguardava unicamente l'art. 14. In **Harkins v. Regno Unito**, G.C., 10 luglio 2017, a maggioranza la Corte ha dichiarato inammissibile la doglianza rispetto all'art. 3.

² Tutti i casi di violazione sopra riportati in nota 1 sono stati decisi all'unanimità, compreso *Murray v. Paesi Bassi* di G.C., tranne *T.P. e A.T. v. Ungheria*, adottato 6 vs 1 e *Vinter v. Regno Unito* di G.C., adottato 16 vs 1. Per quanto riguarda *Hutchinson*, la decisione di non violazione della IV Sez., 3.2.2015 è stata presa 6 vs 1, mentre quella di G.C. 14 voti vs 3. Invece, *Bodein* è stato deciso all'unanimità (su *Hutchinson* torneremo, mentre, a proposito di *Bodein*, vale la pena evidenziare che in Francia la possibilità di domandare la condizionale era "unicamente" soggetta a limiti di natura temporale).

³ L'importanza di *Tyrer* è unanimemente riconosciuta, tanto da essere frequentemente richiamato nella giurisprudenza della Corte, anche in tempi molto recenti (si veda **Bouyid v. Belgio**, G.C., 28.9.2015, § 87).

⁴ Il ricorrente aveva deciso di ritirare il ricorso e già l'allora Commissione decise di non accettare la conseguente richiesta di *strike out*. Decisione come detto confermata dalla Corte, questa volta in riferimento alla richiesta del Governo.

33), il principale scopo dell'articolo 3 è proteggere *“a person’s dignity and physical integrity”*.

Di conseguenza, un trattamento e una pena non possono mai essere in violazione della dignità umana “whatever their deterrent effect may be” (sempre Tyrer, § 31) ed è quindi solo considerando gli effetti dal punto di vista della persona che si deve valutare l’esistenza o meno di un trattamento e di una pena inumani e degradanti.

§ 3. Questo aspetto è importante per inquadrare la problematica dell'E.O., poiché si tratta di un *genus* di pena che viola in questo caso in modo particolarmente evidente la **libertà morale della persona**, espressione di quella dignità propria di ogni singolo essere umano, che, in quanto tale, *mai* può acquistarsi per meriti e perdersi per demeriti⁵.

La libertà morale è di ogni individuo per la sola ragione di appartenere al genere umano; di conseguenza non può essere oggetto di alcuna violazione, restrizione, eliminazione.

La scelta di collaborare utilmente con la giustizia – *unica* possibilità prevista nel regime dell'E.O. per potere accedere a *tutte* le misure alternative alla detenzione (permesso premio, semilibertà, liberazione condizionale), nonché ad altri strumenti utili alla risocializzazione (ad es., il lavoro all'esterno) – può essere “premiata” attribuendo vantaggi. Ciò che invece appare in netto contrasto *innanzitutto* con l'art. 3 è la scelta legislativa di “sanzionare” la condotta non collaborante con la giustizia⁶. Così facendo si punisce il soggetto per l'esercizio di un diritto espressione della propria libertà morale: il **diritto al silenzio**, riconosciuto sia nella giurisprudenza della Corte sia nella normativa dell'Unione Europea (si veda la Direttiva UE 2016/343 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27.1.2016)⁷.

La scelta del silenzio da parte del reo corrisponde all'esercizio di un diritto umano, che proprio perché tale non può essere oggetto di gradazione o addirittura eliminazione, dovendosi ritenerlo *sempre* garantito, tanto in fase processuale, prima della eventuale sentenza di condanna, quanto nella successiva fase esecutiva. Al contrario, per la legge

⁵ Così Gaetano Silvestri nella *Prefazione* a C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016 (collana *Diritto penitenziario e Costituzione*, diretta da M. Ruotolo).

⁶ Useremo “collaborazione con la giustizia” o anche solo “collaborazione” intendendo sempre “utile collaborazione con la giustizia”.

⁷ È nel suo complesso che la Direttiva europea fa esplicito riferimento alla giurisprudenza della Corte (sul diritto al silenzio, si veda l'art. 7). Quanto alla giurisprudenza della Corte, il diritto al silenzio, ancorché non esplicitamente previsto nell'art. 6, è “*generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6)*” (così tra i molti **Saunders v. Regno Unito**, 17 dicembre 1996, § 68).

italiana, la scelta del silenzio comporta per il condannato all'E.O. conseguenze gravemente pregiudizievoli, quale l'esclusione *permanente* da *tutti* i benefici penitenziari e, quindi, un regime detentivo *esclusivamente* intramurario.

Il diritto al silenzio, proiezione della libertà morale e quindi riconducibile alla dignità umana, non può prima esistere e dopo scomparire. Se una persona ha diritto al silenzio durante il processo, egli deve mantenerlo a maggior ragione in seguito, nel momento in cui la sua libertà personale è ristretta in un penitenziario, ipotesi che comporta inevitabilmente un livello (che dovrebbe essere minimo) di sofferenza.

§ 4. Confrontato con l'**art. 3**, l'E.O. solleva un triplice problema:

1) non è **degradante** *costringere* delle persone – a pena di concludere i propri giorni di vita in un carcere, senza alcuna altra possibilità – a scelte che possono mettere a repentaglio la vita e l'incolumità propria, dei familiari, dei conoscenti o di qualsiasi altra inconsapevole persona?

2) non è **inumano** strumentalizzare il reo per il raggiungimento di fini pur meritevoli di protezione, dal momento che il rispetto della dignità umana impedisce di degradare l'uomo da fine a mezzo?

3) non è **inumano e degradante** l'assioma a fondamento dell'E.O., vale a dire l'*automatismo legislativo* in base al quale la persona non collaborante è socialmente pericolosa e quindi non meritevole di alcuna misura alternativa alla detenzione, a *nulla* rilevando ogni altra valutazione riguardante il come è trascorso il tempo in carcere e i progressi trattamentali attestati dalle relazioni delle autorità penitenziarie?

§ 4.1. È opportuno, per valutare la problematicità dell'E.O., approfondirne le vicende ordinamentali, caratterizzate da prese di posizione della Corte costituzionale e da ripetuti interventi normativi, del Governo e del Parlamento.

Introdotta con il **decreto legge 13 maggio 1991, n. 152**, l'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario (o.p.), inizialmente, non solo riguardava pochi e specifici reati, ma funzionava nel senso di permettere, a chi avesse collaborato con la giustizia, di accedere alle misure alternative alla detenzione anticipando i limiti di tempo ordinari, fatta salva l'accertata esclusione dell'attualità dei collegamenti con le associazioni criminali.

Dopo la strage di Capaci (23 maggio 1992), un nuovo **decreto legge 8 giugno 1992, n. 306** ha mutato il volto dell'art. 4 bis, poiché, in assenza di collaborazione con la giustizia, è sempre preclusa la possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione. Nello stesso decreto legge n. 306 si introdusse come noto l'art. 41 bis o.p., il cd. "carcere duro", che poteva (e può ancora oggi) essere disposto *solo* dal Ministro della Giustizia e *solo* per imputati e condannati di reati di cui all'art. 4 bis o.p.

Nei dibattiti parlamentari in sede di conversione di questi due atti normativi del Governo non mancarono voci critiche, poi superate soprattutto grazie alla sottolineatura che si trattava di misure eccezionali e straordinarie, adottate per fronteggiare le gravissime

situazioni emergenziali di quel momento, provocate in particolare dalle associazioni criminali di stampo mafioso.

I successivi sviluppi hanno dimostrato la problematicità della previsione di cui all'art. 4 bis, se solo si considera che, dai pochi e specifici reati previsti inizialmente, si è passati a un numero consistente di reati, sicuramente eterogenei tra loro e rispetto a quelli iniziali per i quali era stato originariamente pensato il regime dell'ostatività.

Anche la Corte costituzionale ha evidenziato a più riprese questa contraddizione (da ultimo, sentenza n. 239 del 2014, § 3 e § 9 *cons. dir.*, dove si parla espressamente di un elenco di ipotesi criminose “notevolmente eterogenee” e di fattispecie “profondamente diversificate”). Per fare alcuni esempi, l'attuale catalogo di delitti previsti dall'art. 4 bis, I comma, include, oltre agli originari delitti di terrorismo, anche internazionale, di eversione dell'ordine democratico e di associazione di tipo mafioso, anche la riduzione in schiavitù, la prostituzione minorile, la pornografia minorile, la violenza sessuale di gruppo, l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri e, da ultimo, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Un catalogo così eterogeneo di reati travalica la discrezionalità delle scelte di politica legislativo-criminale e pone un problema di legittimità convenzionale. Applicare il regime dell'ostatività a tipi di autore i più diversi, infatti, solleva dubbi di compatibilità tanto con i principi di eguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità delle pene quanto rispetto al principio di colpevolezza: tutti, certamente, oramai riconosciuti come appartenenti al patrimonio giuridico europeo.

§ 4.2. La stessa **giurisprudenza costituzionale**, d'altro canto, attesta la difficile coesistenza tra il principio della dignità umana e il regime dell'E.O.

Non vi è alcun dubbio che, quando la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale il regime dell'ostatività – nella parte in cui non si escludevano i casi di collaborazione inesigibile, irrilevante, impossibile – ha *de jure* e *de facto* riconsegnato parzialmente al giudice il ruolo privatogli dal legislatore.

E poiché la valutazione caso per caso affidata al giudice è proiezione giurisdizionale del principio di responsabilità personale, gli interventi della Corte costituzionale significano che il problema principale dell'E.O. – la previsione di automatismi che prescindono dalla libera autodeterminazione della persona e dal suo possibile ravvedimento – è una questione che investe la dignità umana. Per la Corte costituzionale, dunque, ogni persona *deve* mantenere il diritto a che, prima o poi, un giudice possa *realmente e concretamente* valutare se gli iniziali scopi della pena sono ancora attuali.

Deve quindi essere garantita la possibilità di considerare attuale o meno la consequenzialità tra la condanna e la detenzione. In termini convenzionali, si può discutere dopo quanto tempo e a quale organo affidare la review. Non è invece possibile né per la Corte costituzionale né per il sistema convenzionale escluderla sempre e comunque, per via di un irragionevole automatismo legislativo che viola

prima di ogni altra cosa la dignità umana e quindi il divieto di pene e trattamenti inumani e degradanti.

L'impossibilità di escludere per sempre qualsiasi ipotesi di *review* della consequenzialità ("*causal connection*") tra condanna e pena è, d'altro canto, il più rilevante principio che contraddistingue la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di ergastolo, sin da *Kafkaris v. Cipro* (2008) e poi da *Vinter* (2013) in avanti, fino ad oggi, compreso *Hutchinson v. Regno Unito* (2017).

§ 4.3. Meritano di essere riportati anche gli sviluppi delle posizioni del **Governo** e del **Parlamento** in materia di ostatività e in particolare di E.O.

Nell'attuale legislatura (XVII, iniziata il 15.3.2013) sono stati presentati ben tre disegni di legge per la modifica dell'art. 4 bis, a prima firma di parlamentari di diversi gruppi⁸. Inoltre, sono stati resi pubblici i risultati di due commissioni di studio: una ministeriale, presieduta dal Prof. Francesco Palazzo e l'altra promossa dal Consiglio Superiore della Magistratura, presieduta dal Prof. Glauco Giostra. In entrambi i casi, si propongono modifiche all'art. 4 bis, in specie al fine di rendere relativa la presunzione assoluta legislativa secondo la quale la non collaborazione equivale a pericolosità sociale. Il proposito è di permettere al giudice di tenere in considerazione *anche* altri elementi attestanti l'avvenuta rieducazione.

Del resto, il Ministro della Giustizia si è fatto promotore di un'iniziativa di particolare rilevanza, gli "Stati generali dell'esecuzione penale", che, esattamente dopo la violazione dell'art. 3 nel caso *Torreggiani v. Italia*, hanno lavorato fruttuosamente, mettendo in comune diverse esperienze e professionalità⁹. Lo stesso Ministro della Giustizia ha quindi presentato, il 23.9.2015, di concerto con il Ministro dell'Interno e il Ministro dell'Economia, un disegno di legge delega al Parlamento, nel quale sono confluite molte delle conclusioni degli Stati generali, a suo tempo redatte sotto forma di bozze di articoli di legge. Il disegno di legge delega è stato approvato, in via definitiva, il 14.6.2017 ed è quindi diventato legge dello Stato¹⁰.

In base all'art. 1, comma 85, lett. e) della legge 23 giugno 2017, n. 103, il Governo è delegato ad emanare uno o più decreti legislativi *nel rispetto* di taluni principi e criteri direttivi, tra i quali la "eliminazione di automatismi e preclusioni che impediscono (...) la individualizzazione del trattamento rieducativo" e, soprattutto, per la "revisione della preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo", salvo casi di

⁸ Il 26 marzo e il 4 aprile 2013 al Senato, il 4 maggio 2015 alla Camera.

⁹ I più di 200 componenti degli Stati generali, tra i quali professori universitari, giudici, avvocati, operatori penitenziari, volontari e altre professionalità, hanno lavorato dividendosi in 18 tavoli tematici. Il coordinamento è stato affidato ad un Comitato di esperti, presieduto dal Prof. Glauco Giostra, del quale hanno fatto parte professori universitari, ex presidenti di gruppi di lavoro europei in materia penale, presidenti di associazioni che operano nell'ambito del volontariato penitenziario e per la diffusione di una cultura della legalità.

¹⁰ L'approvazione definitiva è avvenuta con il ricorso al voto di fiducia: se il Parlamento non avesse approvato la legge di riforma, il Governo era obbligato giuridicamente a presentare le dimissioni.

“eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo internazionale”.

§ 5. Per affrontare il problema dell'E.O. in termini di pena riducibile *de jure* e *de facto* – criterio in sé comunque problematico (infatti, nonostante sia *de jure* e *de facto* riducibile, la pena di morte è espunta dall'ordinamento dell'Unione e da quello convenzionale, anzi in *Soering v. Regno Unito* del 1989 è stata valutata contraria all'art. 3 in riferimento al cd. “*death row phenomenon*”, l'inumana e degradante attesa per il detenuto che in un carcere aspetta unicamente la propria morte) – si deve evidenziare che non è facile scindere nettamente i due versanti della questione.

Se *de jure* è possibile discutere di riducibilità dell'E.O. in un *unico* senso *molto* limitato (la collaborazione con la giustizia¹¹), la riducibilità *de facto* è problematica poiché l'obbligo di collaborare comporta, come si è visto, una violazione della dignità umana. Ma se un diritto deve essere tutelato nel concreto e non in astratto, come non ricondurre l'E.O. nell'ambito delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti?

Questo a prescindere da un ulteriore aspetto. Il criterio *de jure* e *de facto* è sempre servito alla Corte per verificare in concreto l'operatività di quanto previsto dal legislatore in via generale e astratta (ad esempio con il potere di grazia in relazione alla riducibilità della pena dell'ergastolo: non basta sia previsto, serve valutare quante grazie sono state effettivamente concesse).

Nel caso dell'E.O. questo confronto *de jure-de facto* non è possibile. Vigé un automatismo legislativo che non lascia alcuna altra possibilità: se una persona non collabora con la giustizia è considerato *de jure* e *de facto* pericoloso, quindi le misure alternative alla detenzione sono negate¹². Non sono mai stati forniti dati a proposito di quanti imputati o condannati all'E.O. hanno deciso dal 1991 a oggi di collaborare con la giustizia.

¹¹ Non rileva da questo punto di vista la collaborazione inesigibile, irrilevante, impossibile. In ogni caso, ai sensi della giurisprudenza costituzionale, l'ergastolo è conforme alla Costituzione poiché è possibile domandare ad un giudice (e non al Ministro della Giustizia) la liberazione condizionale (sentenze n. 204 e n. 264 del 1974). Quindi non vi è alcuna possibilità di ritenere l'ergastolo una pena *de jure* riducibile per via della possibilità del Capo dello Stato di concedere la grazia. D'altro canto, tornando all'E.O., anche ammettendo che in termini convenzionali possa ritenersi compatibile con l'art. 3 per via del potere di grazia, basta rilevare che *mai* dal 1991 a oggi è stato *de facto* graziato un condannato all'E.O. A questo proposito, non rileva la sentenza n. 200 del 2006 della Corte costituzionale sul potere di grazia, poiché in quel caso si è risolto un problema di mancata collaborazione con il Ministro della Giustizia e, comunque sia, se decidesse di considerare anche la rieducazione, il Capo dello Stato si troverebbe in una situazione alquanto anomala: dovrebbe “violare” la legge ai sensi della quale una persona non collaborante non può chiedere le misure alternative alla detenzione. L'unico caso ipoteticamente *de jure* immaginabile è la grazia per motivi di salute, la quale però è già stata più volte dichiarata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo non sufficiente ai fini del rispetto dell'art. 3. Valgono le stesse considerazioni per il differimento della pena per motivi di salute.

¹² Anche qualora la persona abbia comunque dato prova di adesione al trattamento rieducativo: così in modo chiarissimo ed esemplare ad esempio Corte di Cassazione, Sezione Prima (penale), 11 dicembre 1999, n. 4822. Sul potere di grazia, si veda la nota precedente.

Esiste invece un unico dato disponibile: al 30 settembre 2016, secondo il Ministero della Giustizia, sul totale di 1.678 ergastolani, il 72.5% sono ergastolani ostativi, vale a dire 1.216¹³.

§ 6. Di certo, non esiste nell'ordinamento italiano alcun organo che possa valutare gli eventuali progressi nel tempo dell'ergastolano ostativo, nessuno che possa valutare se gli originari scopi della pena appaiono, dopo un determinato periodo di tempo, ancora legittimi (*lawful*).

Se la persona non collabora è *per legge* pericolosa. Questo automatismo è previsto a monte dal legislatore in riferimento a determinate tipologie di reato (il c.d. “**diritto penale d'autore**”) e soprattutto esclude *qualsiasi* valutazione da parte di *qualsiasi* organo circa la legittimità della detenzione.

Mai un giudice potrà valutare pericolosità e rieducazione. Tutto è deciso a priori dal legislatore: se collabori non sei pericoloso e quindi puoi domandare le misure alternative alla detenzione; se non collabori non sei rieducato e sei pericoloso quindi non è possibile domandare le misure alternative alla detenzione.

Si noti: come i motivi della non collaborazione possono essere i più diversi (la libertà morale di non accusare nessuno, la protezione della propria vita, di quella dei familiari, conviventi, conoscenti, la possibilità di essere stato condannato a seguito di un errore giudiziario), lo stesso vale per la collaborazione.

Ciò che conta, giuridicamente, è *unicamente* il tipo di reato per il quale si è imputati o condannati e, di conseguenza, la collaborazione con la giustizia, a niente rilevando le molteplici ragioni che possono indurre a questa scelta (il contrasto dell'associazione criminale, ma anche la volontà di vendicarsi o il mero calcolo utilitaristico).

Appare in contrasto con l'**esperienza comune** una disciplina di questa natura: è del tutto arbitrario ritenere che la non collaborazione equivalga a pericolosità. Un siffatto automatismo, riferito all'E.O., ne trasforma la natura giuridica: formalmente è una pena, sostanzialmente opera come un'anomala e perpetua misura di sicurezza.

È ragionevole e conforme all'esperienza comune considerare sempre pericolosa non meritevole delle misure alternative alla detenzione (perché non ha collaborato) una persona che ha espresso la propria esplicita dissociazione dall'associazione criminale, prendendo pubblicamente posizione contro ogni tipo di criminalità e violazione della legalità e che ha manifestato il proprio rimorso nei confronti delle vittime, adoperandosi nei loro confronti, adempiendo a tutte le obbligazioni derivanti dal reato?

Lo stesso a contrario: davvero la collaborazione con la giustizia può essere l'unico parametro per accedere alla richiesta delle misure alternative alla detenzione,

¹³ Il precedente dato, al 12 ottobre 2015, secondo il Ministero della Giustizia, era il seguente: sul totale di 1.619 ergastolani, il 72.5% erano ergastolani ostativi, vale a dire 1.174: in termini relativi la percentuale è identica, in termini assoluti il numero di E.O. è in crescita.

dal momento che può essere prestata senza aver mai dimostrato alcuna comprensione della gravità del fatto di reato commesso e invece esibendo insensibilità rispetto ai danni arrecati alle vittime e ai loro parenti? Del resto, la collaborazione con la giustizia può essere prestata al solo scopo di accedere alle misure alternative alla detenzione, per poi tornare a delinquere.

L'unico modo per affrontare questi problemi è dare la possibilità al giudice di valutare la concretezza della pericolosità e della intervenuta rieducazione, restituendogli la funzione istituzionale cui nell'ordinamento italiano è preposto, che non può essere usurpata da una scelta legislativa obbiettivamente discutibile proprio rispetto all'esperienza comune.

§ 7. Come si è detto, non esistono precedenti in materia. Tuttavia, in **Trabelsi v. Belgio** (2014), decisione unanime, il cui *referral* in Grande Camera è stato *rigettato*, la Corte ha addirittura affermato (§ 137) che “*no lengthy disquisitions*” erano necessarie per ritenere chiaramente contrario all’art. 3, secondo gli *standard* espressi in *Vinter* e poi consolidati, un regime per alcuni aspetti simile all'E.O.

La possibilità di considerare *de jure* e *de facto* riducibile la pena dell'ergastolo prevista negli Stati Uniti (a livello federale), in ragione del potere del giudice di *valutare* la collaborazione con la giustizia, non è nemmeno stata meritevole di “*lengthy disquisitions*” da parte della Corte.

Se è stato oggetto di siffatta perentoria presa di posizione un sistema nel quale *almeno* rimaneva in capo al giudice l'effettiva e concreta scelta di ridurre o meno la pena altrimenti perpetua, è più che lecito domandarsi se non debba ricevere *quanto meno* il medesimo trattamento un regime che, come nel caso dell'E.O., esclude quella valutazione giurisdizionale invece ammessa nell'ordinamento federale statunitense.

In effetti, se una persona è condannata negli Stati Uniti (livello federale) alla pena dell'ergastolo senza possibilità di accedere alla liberazione condizionale (Life Imprisonment Without Parole, LWOP) e decide di non collaborare con la giustizia, le uniche due possibilità che residuano sono la grazia presidenziale e la scarcerazione anticipata per motivi di salute. Non sono necessarie “*lengthy disquisitions*” per dimostrare che si tratta della medesima situazione nella quale si trova l'ergastolano ostativo in Italia che decide di non collaborare con la giustizia¹⁴.

§ 8. Alcune riflessioni per quanto riguarda l'obbligo positivo degli Stati di garantire la **funzione di risocializzazione** della pena, la cui fondamentale importanza è stata messa in risalto dalla Corte da tempo – in modo nettissimo in **Dickson v. Regno Unito**, G.C., 4.12.2007 – e che parimenti ha caratterizzato la giurisprudenza di molte Corti costituzionali. Prima di altre, come sottolineato in *Vinter*, rispettivamente, §§ 69-71 e § 72, da parte del Tribunale federale costituzionale tedesco e dalla Corte costituzionale italiana, la quale, nella

¹⁴ Si veda in ogni caso la precedente nota 11.

sentenza n. 313 del 1990, § 8 *cons. dir.*, ha definito la risocializzazione “un principio che, seppure variamente profilato, è ormai da tempo diventato patrimonio della cultura giuridica europea”.

La mancata collaborazione con la giustizia, nel caso dell'E.O, preclude *per sempre ogni* misura alternativa alla detenzione, violando in questo modo due principi fondamentali del **trattamento penitenziario**, messi in risalto da diverse previsioni del Consiglio d'Europa e in numerose decisioni della Corte (tra le più recenti, unanime e di Grande Camera, si veda almeno **Khoroshenko v. Russia**, 30.6.2015): la *individualizzazione* e la *progressività*.

Nel primo caso, il trattamento è per tutti unicamente intramurario¹⁵, indipendentemente dall'effettiva pericolosità sociale, presunta se non si collabora. Nel secondo caso, ad essere *sempre* negate sono *tutte* le misure alternative alla detenzione: non solo la liberazione condizionale, non solo la semilibertà, ma anche i permessi premio, primi strumenti per garantire il mantenimento dei legami familiari e sociali o comunque per soddisfare interessi meritevoli al fine della risocializzazione.

Negare i permessi premio significa non attribuire alcuna rilevanza alla progressività del trattamento perché non vi sarà *mai* la risocializzazione. Non è *mai* possibile né passare una sola ora con un proprio familiare fuori dal carcere¹⁶ né, per fare un esempio, recarsi presso una Università il tempo necessario per discutere la propria tesi di laurea¹⁷.

Questa situazione, che si protrae senza discontinuità per tutta la durata della detenzione, cioè per tutta la vita naturale in caso di E.O. (se una persona è condannata all'E.O. all'età di venti anni e non collabora con la giustizia dovrà trascorrere *tutti senza alcuna distinzione* i giorni rimanenti della propria vita dentro le mura di un carcere, non potendo *mai in nessun caso nemmeno per un'ora* fruire di un permesso premio), appare del tutto irragionevole poiché non permette di tenere in considerazione *in alcun modo* il comportamento che il detenuto ha tenuto in carcere nel corso degli anni.

¹⁵ Può solo peggiorare con l'applicazione del regime differenziato ex art. 41 bis

¹⁶ Deve essere sottolineato che nell'ordinamento italiano, a differenza di quanto accade in altri e numerosi Stati europei, non esiste alcuna disposizione legislativa che permetta colloqui in carcere nel rispetto della riservatezza e della intimità. Al contrario, i colloqui devono avvenire per legge sotto il controllo a vista della polizia penitenziaria, anche quando avvengono nelle cd. “aree verdi” dentro le carceri, essendo queste aree video controllate. Per non parlare poi di altre limitazioni: oltre al fatto che, senza specifica previsione nella legge (la quale per essere approvata necessita il voto dei due terzi dei membri di entrambe le camere), la giurisprudenza della Cassazione esclude l'indulto per la pena perpetua e oltre al fatto che, se si è imputati in custodia cautelare per uno dei reati di cui all'art. 4 bis, è comunque preclusa in ogni caso la possibilità del lavoro all'esterno, si consideri che se il reato è ricompreso in quelli di I fascia ne consegue una restrizione dei colloqui e dei colloqui telefonici, l'obbligatoria collocazione nei circuiti di Alta Sicurezza (che significa impossibilità di contatti con tutti gli altri detenuti in circuiti differenti), in particolare nel più severo (AS 1) e in ogni caso l'impossibilità di fruire della custodia aperta.

¹⁷ Si arriva in questi casi all'assurdo di dover valutare la possibilità di concedere permessi di necessità, che tuttavia non hanno alcun legame con la risocializzazione e i permessi premio, in quanto sono subordinati (art. 30 o.p.) all'esistenza di un imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente o eccezionalmente a eventi di particolare gravità. Se il giudice non condivide un'interpretazione della disposizione sicuramente molto forzata (discutere una tesi di laurea non è un evento di particolare gravità), l'unica possibilità è che la commissione di valutazione dell'esame di laurea si trasferisca a svolgere le sue mansioni nel carcere dove la persona è ristretta.

Non rilevano le eventuali relazioni positive delle autorità penitenziarie, la dedizione impiegata nelle mansioni lavorative, le attività dedicate allo studio, tutte le altre attività intramurarie alle quali si può attivamente partecipare. È come se fossero compiute per niente, senza alcuno scopo, non potendo nessuno tenerle in considerazione. Non hanno alcuna rilevanza.

L'unico parametro utilizzabile per "giudicare" pericolosità e rieducazione è l'avvenuta o meno utile collaborazione con la giustizia. Non è però corretto discutere di un qualche giudizio a proposito: esiste, come si è visto, un vero e proprio automatismo legislativo, del quale il giudice non può che prendere atto. Se non si collabora si è socialmente pericolosi e quindi, ancorché eventualmente rieducati, le misure alternative devono essere negate.

La funzione di risocializzazione della pena è dunque negata in radice. Quand'anche la persona decidesse di collaborare e per questo uscire dal carcere, la pena non avrebbe perseguito alcuno scopo meritevole di tutela: non la funzione retributiva in senso classico (l'E.O. non può considerarsi una pena retributiva che aspira a essere giusta e meritata rispetto al fatto di reato commesso, a prescindere dal comportamento successivo del reo), non la funzione retributiva in senso moderno (l'E.O. non può essere una pena proporzionata perché la sua durata non dipende dal fatto commesso), non una legittima funzione di prevenzione negativa speciale (che non dovrebbe dipendere dalla scelta di non collaborare ma solo dalla pericolosità sociale) e certamente non la funzione di risocializzazione (che ha un senso dal momento in cui la società può riaccogliere una persona rieducata, non una persona che può essere valuta da un giudice solo dopo che ha deciso di collaborare).

È quindi molto difficile, tra le diverse **funzioni della pena**, comprendere quale sia quella presupposta dall'E.O., visto che l'unico fine perseguito, in realtà, è spiccatamente di politica criminale e non altro: certamente meritevole di protezione, ma alieno agli scopi legittimi che una pena può perseguire.

Resta un solo scopo, quello deterrente, che però – come dimostrato sin da *Tyrer* del 1978 – è doppiamente incompatibile con il rispetto della dignità umana: in sé, perché utilizza l'uomo come strumento e non quale fine e, nel caso specifico dell'E.O., perché il diritto a chiedere se la detenzione abbia ancora uno scopo rispetto alla sentenza di condanna è interamente sacrificato a obiettivi di politica criminale.

§ 9. Riemerge chiaramente il problema di fondo dell'E.O.: il legislatore concede al detenuto solo di emendarsi interiormente, poiché la rieducazione senza collaborazione non ha alcuna possibilità di essere valutata.

Questo non è ammesso nemmeno considerando uno dei più difficili casi fino ora discussi dalla Corte, ossia ***Hutchinson v. Regno Unito*** (2017), nel quale almeno si poteva considerare (da parte del Ministro) la *early release* di un ergastolano condannato al *Whole Life Imprisonment* la cui detenzione non aveva più alcuno scopo legittimo da perseguire. Si tratta di un evento eccezionale, ma almeno ipoteticamente realizzabile.

In Italia no. Nessuno può compiere alcuna valutazione. Nessuno, né il giudice né il Ministro. Per questo l'E.O. è obiettivamente una pena senza scampo, dato che il detenuto non ha alcun diritto affinché la propria detenzione possa essere comunque rivalutata rispetto agli iniziali scopi della pena¹⁸. L'unica cosa che si può sapere "*from the outset of the sentence*" è che per eventualmente ottenere una misura alternativa alla detenzione, prima della morte in carcere nel caso di detenuti all'E.O., una persona deve collaborare con la giustizia.

Non è forse un caso, allora, che in *nessuno* Stato parte della Convenzione esista un regime come quello dell'E.O., ancorché reati efferati e gravissimi, come ad esempio quelli in materia di terrorismo, anche internazionale, siano oggi purtroppo da tenere in considerazione in misura sempre maggiore¹⁹.

§ 10. Un ultimo aspetto. Se anche fosse applicato a poche persone, l'E.O. sarebbe egualmente problematico. È utile però riportare nuovamente i dati del Ministero della Giustizia: al 30.9.2016 gli ergastolani ostativi erano 1.216 sul totale di 1.678 ergastolani, quindi tre su quattro.

Questi dati dimostrano due cose. Il problema dell'E.O. riguarda non poche ma tante persone e *anche* per questo merita di essere giudicato utilizzando un **approccio di principio**, del resto inevitabile quando si ragiona in termini di **dignità umana**, come chiaramente messo in risalto da ***Bouyid v. Belgio***, G.C., 28.9.2015, uno dei più recenti casi nei quali la Corte si richiama esplicitamente a *Tyrer* del 1978.

Anche ammettendo un certo **marginale di apprezzamento statale**, il principio cardine e fondante garantito dall'art. 3, così come nel tempo plasmato dalla giurisprudenza della Corte, non ammette alcuna deroga, quindi alcuna possibilità di autonomo apprezzamento da parte degli Stati.

Dal punto di vista del condannato alla pena dell'E.O. – ma inevitabilmente anche da quello di ogni persona della società libera – deve essere garantito il diritto a che l'iniziale pretesa punitiva dello Stato, prima o poi, possa essere rivalutata sulla base del comportamento concreto del detenuto, che non può essere ritenuto a prescindere pericoloso solo perché non collabora.

¹⁸ Esiste invero una dubbia compatibilità dell'E.O. pure con l'art. 7 della Convenzione, soprattutto con la *prevedibilità* della pena. Questo poiché può anche essere il giudice (di sorveglianza) ad identificare la natura assolutamente ostativa del reato, ad esempio rilevando *post sententiam*, nel momento in cui valuta la richiesta di una misura alternativa alla detenzione, che il delitto è stato commesso al fine di agevolare l'attività delle associazioni criminali. Sull'E.O. come pena perpetua non riducibile, cfr., *amplius*, C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., pp. 109-123.

¹⁹ Cfr. *Life Imprisonment and Human Rights*, Edited by Dirk van Zyl Smit and Catherine Appleton, Oxford and Portland, Hart, 2016. Nemmeno in Spagna l'ordinamento prevede una pena simile all'E.O. Anzi, è proprio la legge organica 7/2003 a introdurre nell'ordinamento penitenziario (art. 72.6), insieme alla collaborazione con la giustizia, altri e differenti modi per verificare la rottura con il sodalizio criminale, come ad esempio il ripudio di ogni attività violenta e l'abbandono di ogni violenza. Addirittura, il giudice potrebbe anche valutare se il reo ha presentato o meno domanda di grazia. Come noto, l'art. 72.6 riguarda solo il delitto di terrorismo e quelli commessi "en el seno" di un'organizzazione criminale. La nuova riforma, avvenuta con la legge organica 1/2015, introduce, come noto, l'ergastolo.

Diversamente sarebbe come prevedere in Europa una pena *fino* alla morte, per molti versi analoga alla pena *di* morte, irrogata mediante un giudizio di persistente pericolosità e di impossibile rieducazione che *mai* può essere messo in discussione da un giudice o da qualsiasi altro organo. Una pena, l'E.O., che ha quindi una funzione eliminativa dal consorzio sociale delle persone non collaboranti e per questo ritenute pericolose e non rieducate. Benché non si tratti di una loro eliminazione fisica, appare comunque alquanto difficile non vedere le analogie tra la pena *di* morte e una pena *fino* alla morte salva collaborazione con la giustizia.

Si giustifica così la provocatoria proposta avanzata da un cospicuo numero di ergastolani ostativi, i quali attraverso una pubblica lettera – inviata al Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, il Prof. Mauro Palma – hanno annunciato la volontà di presentare un disegno di legge d’iniziativa popolare per introdurre nell’ordinamento italiano l’eutanasia, alla quale essi stessi finalmente potranno accedere. Il Garante altro non ha potuto fare che prenderne atto, anche se non ha mancato di mettere in risalto quanto tale gesto estremo dimostri la contraddizione tra l'E.O. e il diritto alla speranza garantito ad ogni essere umano dall’art. 3²⁰.

La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la giurisprudenza della Corte hanno dimostrato che la dignità umana non si acquista per meriti e non si perde per demeriti. L'E.O. – una pena fino alla morte, una pena perpetua non riducibile e senza scampo – vanifica questo principio cardine del sistema convenzionale di protezione dei diritti umani.

La dignità umana è inviolabile e deve essere rispettata e tutelata (art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione), secondo quanto riconosciuto nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati parti della Convenzione e, soprattutto, da decenni e decenni di giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, il cui primario compito è “*ensuring that the essential minimum standards are respected everywhere*”²¹: tra questi, appunto, indispensabile e irrinunciabile è la dignità umana, per tutti.

§ 11. In conclusione di questo *Amicus Curiae*. L’ultimo caso deciso dalla Corte in materia di ergastolo – ***Matiosaitis e Altri v. Lituania***, II Sez., 23.5.2017 – risolve la questione esattamente nel senso di *Vinter*, anzi al § 180 riporta pressoché integralmente il più rilevante passaggio della *concurring opinion* espressa allora dal giudice Ann Power-Forde, che ha definito non riducibile in termini convenzionali l’ergastolo che nega ogni diritto alla speranza:

“The Court reiterates that the mere fact that a prisoner has already served a long term of imprisonment does not weaken the StatÈs positive obligation to protect the public, and

²⁰ Si veda il comunicato ufficiale del Garante del 12 aprile 2017, pubblicato nel sito internet ufficiale.

²¹ Così il Presidente della Corte, Guido Raimondi, nella cerimonia di consegna alla Corte della Nijmegen Medal del 18 novembre 2016.

that no Article 3 issue could arise if a life prisoner continues to pose a danger to society. This is particularly so for those convicted of murder or other serious offences against the person (...). However, it equally considers that even those who commit the most abhorrent and egregious of acts, nevertheless retain their essential humanity and carry within themselves the capacity to change. Long and deserved though their prison sentences may be, they retain the right to hope that, some day, they may have atoned for the wrongs which they have committed. They ought not to be deprived entirely of such hope. To deny them the experience of hope would be to deny a fundamental aspect of their humanity and to do that would be degrading".